الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران-1- أحمد بن بلة




كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية　　　قسم العلوم الإسلامية

مذكّرة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية

تخصّص: فقه وأصول
بعنوان:

# الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة

من إعداد الطالب: **مطروح عدلان**　　　تحت إشراف: **د. حوالف عكاشة**

**أعضاء لجنة المناقشة**

| | | | |
|---|---|---|---|
| **أ . د . لخضاري لخضر** | أستاذ | جامعة وهران 1 | رئيسا |
| **د . حوالف عكاشة** | أستاذ محاضر – أ - | جامعة وهران 1 | مقررا |
| **أ . د . داودي عبد القادر** | أستاذ | جامعة وهران 1 | مناقشا |
| **د . ماحي قندوز** | أستاذ محاضر – أ - | جامعة تلمسان | مناقشا |
| **د . نعوم مراد** | أستاذ محاضر – أ - | جامعة تلمسان | مناقشا |
| **د . لريد محمد أحمد** | أستاذ محاضر – أ - | جامعة سعيدة | مناقشا |

**السنة الجامعية :1435-1436 هـ/ 2014-2015 م.**

## مقدمـــــــــــة

إن الاجتهاد القضائي يعد ضرورة بالنسبة للقاضي إذا اكتنف النص الغموض إذ لا يتأتى له الحكم في المسألة إلا بعد فهمه للنص ، ويكون هذا الاجتهاد إما بفهم النص المتعلق بتنقيح المناط أو تخريجه ، أو بتنزيل النص على الواقعة ،وهو مايسمى بالاجتهاد التنزيلي المتعلق بتحقيق المناط الذي يبقى مع بقاء التكليف كما قال الإمام الشاطبي .

وتزداد أهمية هذا الاجتهاد إذا تعلق بقضايا الأسرة التي تعد اللبنة الأولى للمجتمع ،ليضمن لها الديمومة والاستقرار ولو بترجيح المرجوح من الأقوال كوقوع الطلاق المقترن بأكثر من عدد مرة واحدة مادام النص يحتمله ، ويحقق مقاصد الشريعة في تماسك بناء الأسرة .

فإن لم يفلح القضاء في المحافظة على استقرارها فلا أقل من المحافظة على حقوق كل منهما في المآل لقوله تعالى : قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ البقرة: 229 .

ولأهمية هذا الموضوع تطرقت لدراسته تأصيلا وتقييما وفق الإشكالية التالية :ما هو الاجتهاد القضائى لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا المتعلق بقضايا انحلال الرابطة الزوجية ؟ وهي ضوابطه ؟ وما مدى انسجامه مع مقاصد الشريعة الإسلامية ؟

## سبب الاختيار:

إنّ من أهمّ النّتائج التي توصلت إليها في أطروحة الماجستير، وهي بعنوان [ **اختيار الإمام الفقيه ابن عبد البر في فقه الأسرة دراسة مقارنة** ] أنّ فقه الأسرة من أهم الأبواب التي تحتاج إلي دراسات عديدة ومتنوعة ، وخاصة في هذا الزمن الذي تكالب

فيه الكثير على ما تبقى من أحكام الشريعة التي يحتكم النّاس إليها في محاكمهم، ألا وهي الأحوال الشخصية المستمدة في أغلب بلاد العالم الإسلامي من أحكام الشريعة ، وذلك بالتشويش عليها وبيان أنّ أكثر هذه الأحكام إن هي إلا اجتهادات بشر ، وإن كانوا فقهاء حتى يترعوا عنها صفة قدسية النص، فيسهل عليهم بعد ذلك تعديلها بأي قانون آخر ، ولذا فإن صدّ هذه الشبهات التي يطرحها أصحاب هذه الاتجاهات الفكرية تكون بالدراسات التأصيلية التقييمية .

**الدراسات السابقة :**

إنّ هذا الموضوع لم يطرق إليه من قبل فيما تبين لي من البحث ، والإطلاع في بعض الجامعات ، والمكتبات ، بل إنّ مكتبتنا القانونية تفتقر إلى هذه الدراسات والبحوث.

**هدف البحث :**

تعدّ انحلال الرابطة الزوجية سواء أكانت طلاقا أم فسخا من أعظم المشكلات التي تواجه المجتمع ، وخاصة في زماننا الذي تعج فيه المحاكم بهذه القضايا ، ذلك أنّه يترتب عليها تفكك عرى الأسرة ، وضياع الأبناء وتشردهم ، ولهذا جعله الإسلام آخر الحلول التي يلجأ إليها الإنسان عند استحالة الحياة الزوجية .

ويهدف هذا البحث إلى دراسة الأحكام القضائية دراسة تطبيقية تأصيلية ، وتقييمية وبيان مدى انسجامها مع مقاصد الشريعة ، وتحقيقها لمصالح الناس .

**منهج البحث :**

أمّا منهجي في هذا البحث فهو كالتالي :

1-استخدمت المنهج المقارن ، والمنهج التحليلي ، فأما المنهج المقارن فللمقارنة بين أقوال الفقهاء واجتهاد القضاة، والمنهج التحليلي لتحليل النصوص والترجيح بينها.

2- اقتصرت في هذا البحث في جانب الشريعة على فقهاء المذاهب الأربعة دون أن أعرج إلى غيرهم في الغالب ، وذلك لكثرة الأقوال الفقهية في المسألة الواحدة ، ولو تتبعها الباحث كلها بالدراسة لتاهت جهوده من غير جدوى ، وأمّا في الجانب القانون فقد اعتمدت على قانون الأسرة الصادر سنة 1984 ويرمز إليه 84-11 ، والقانون المعدل في بعض مواده سنة 2005 ، ويرمز إليه 05-02 ، و قرارات المحكمة العليا ، التي تمثل الاجتهاد القضائي لأعلى هيئة في الجزائر .

3- اقتصرت في التطبيقات القضائية على الزواج والطلاق دون غيرهما من أبواب الأحوال الشخصية كالوصية ، والهبة ، والميراث ، والولاية ، لأنها لا تثير إشكالات ،فكانت القرارات فيها قليلة ، وجاء الفصل الثاني من الباب الثاني أوسع من الفصل الاول من الباب الثاني ذلك أن النزعات في مسائل الطلاق أكثر بكثير منها في الزواج ، فتكثر بسبب ذلك الأحكام القضائية ، فتأتي القرارات ، أو الاجتهادات القضائية مصوبة ، أو مخطئة .

4-بالنسبة للأحاديث إذا كان من روايات البخاري أو مسلم اقتصرت في التخريج عليهما أو على أحدهما ، وإن كان من روايات غيرهما جمعت تخريج أصحاب السنن له .

5- وأمّا بالنسبة للترجمة فقد أقتصر على تلاميذ المذاهب من الفقهاء ومن جاء بعدهم ، وأمّا الأئمة ومن سبقهم من فقهاء الصحابة والتابعين فإن شهرتهم تغني عن التعريف بهم .

وفيما يلي التصريح الجزئي بالخطة :

وهي مقسمة إلى مقدمة وبابين وخاتمة ، باب نظري والآخر تطبيقي ، وخاتمة .

**االباب الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي من خلال مقاصد الشريعة**

**الفصل الأول :مفهوم الاجتهاد القضائي وهو مقسم إلى ثلاثة مباحث**

**الفصل الثاني : المقاصد الشرعية وهو مقصم إلى أربعة مباحث**

## الباب الثاني : تطبيقات عن الاجتهاد القضائي

**الفصل الأول : نماذج تطبيقية عن الاجتهاد القضائي عن النكاح وهو مقسم إلى ثلااثة مباحث .**

**الفصل الثاني : نماذج تطبيقية عن الاجتهاد القضائي عن الطلاق وهو مقسم إلى أربعة مباحث .**

**الخاتمـــــــــــــــــــــــــــــــة**

# الباب الأول : الجانب النظري

# الاجتهاد القضائي من خلال المقاصد الشرعية

## تمهيد

الاجتهادالقضائي يعتمد أساسا في الاستنباط البعد المقاصدي للنصوص لمعرفة مقصود المشرع من الأحكام ، سواء أكان الاجتهاد في نطاق النص ، أوفيما لا نص فيه ، أو في تنزيل النص ، حتى يكون الاجتهاد أقرب إلى مقصود المشرع ، أو روح التشريع ، وهذا ما سنبينه في هذا الباب الذي قسمته إلى فصلين :

**الفصل الأول : الاجتهاد القضائي مفهومه ومجالاته**

**الفصل الثاني : المقاصد الشرعية**

# الفصل الأول :

# الاجتهاد القضائي مفهومه ومجالاته

## تمهيد

الاجتهاد عبارة عن عملية ذهنية يتوصل بها من ملك آليات الاجتهاد إلى فهم مراد الله من العباد، فهما يجمع بين النصوص و مقاصدها، و هذا الاجتهاد إذا كان يمارس من قبل الفقهاء يسمى بالاجتهاد الفقهي و هو أكثر أنواع الاجتهاد شيوعا ، وقد يمارسه القضاة فيما يعرض عليهم من قضايا و يسمى بالاجتهاد القضائي و هو مجال دراستنا هذه و قد قسمت هذا الفصل إلى المباحث التالية:

**المبحث الأول : تعريف الاجتهاد القضائي وأهميته**

**المبحث الثاني : مجالات الاجتهاد القضائي**

**المبحث الثالث : محل الاجتهاد القضائي**

# المبحث الأول:
# مفهوم الاجتهاد القضائي

## تمهيد

لا يقتصر عمل القاضي عل تطبيق النصوص تطبيقا آليا، وإنما يحتاج في كثير من الأحيان إلى تفسير التشريع ، وتحديد معناه حتى يكون حكمه على الوقائع صحيحا ، وبهذا يتبين أن اجتهاد القاضي في تطبيق النصوص ، وتفسيرها لا يقل أهمية عن التشريع نفسه ، ذلك أن الاجتهاد القضائي يضفي على التشريع طابعه التطبيقي والعملي ، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث الذي قسمته إل مطلبين :

**المطلب الأول : تعريف الاجتهاد القضائي**

**المطلب الثاني : أهمية الاجتهاد القضائي**

## المطلب الأول : تعريف الاجتهاد القضائي

الاجتهاد القضائي مركب إضافي من كلمتين ، لتعريفه لابد من تعريف مكوناته

### الفرع الأول : تعريف الاجتهاد

**أ: الاجتهاد لغة** افتعال مِنْ " جَهِد يَجْهَد " إذا تَعِب ، والجَهْد والجُهْد : الطاقة .

وقُرِئ **{وَالَّذِينَ لا يَجِدُونَ إِلا جَهْدَهُم}** و**{جُهْدَهُم}** سورة التوبة آية79.

وقيل : الجَهْد : المشقة ، والجُهْد : الطاقة ،والاجتهاد والتجاهد : بَذْل الوسع والمجهود في طلب الأَمر وهو افتعال من الجهد الطاقة [1] ، وفي حديث معاذ ﷺ لما أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يرسله قاضيا إلى اليمن قال " كيف تقضى إذا عرض لك قضاء قال :أقضى بكتاب الله، قال :" فإن لم تجد في كتاب الله " قال: فبسنة رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قال :" فإن لم تجد في سنة رسول الله –صلى الله عليه وسلم– ولا في كتاب الله " قال :أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله –صلى الله عليه وسلم– صدره وقال " الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله "[2]

[1] - محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت ،محمود خاطر ، ج1 ص 119 ، محمد بن مكرم بن منظور المصري ، لسان العرب دار صادر – بيروت ، الطبعة الأولى ، ج3 ص133 .

[2] – أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داود ، باب اجتهاد الرأى فى القضاء ، دار الكتاب العربي، بيروت ، ج3 ص330 ، قال شعيب الأرناؤط إسناده ضعيف لإبهام أصحاب معاذ وجهالة الحارث بن عمرو، لكن مال إلى القول بصحته غير واحد من المحققين من أهل العلم منهم الفخر البزدوي في "أصوله" والجويني في "البرهان"، وأبو بكر بن العربي في "عارضة الأحوذي"، والخطيب البغدادي في "الفقيه والمتفقه"، وابن تيمية في "مجموع الفتاوى،وابن كثير في مقدمة "تفسيره"، وابن القيم في "إعلام الموقعين" ، سنن أبي داود ، تحقيق شعَيب الأرنؤوط - محَمَّد كامِل قره بللي ، دار الرسالة العالمية ، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م

**ب: الاجتهاد اصطلاحا**

عرفه الشوكاني[1] : بأنه بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط [2] .

وعرفه الرازي[3] بقوله: استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه[4].

و عرفه العز بن عبد السلام[5] بقوله:"الاجتهاد هو بذل الجهد و الطاقة في النظر في الأدلة

---

[1] **- الشوكاني** : محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ؛ فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن ، من أهل صنعاء ولد بهجرة شوكان ( من بلاد خولان ، باليمن ) ونشأ بصنعاء ، وولي قضاءها سنة 1229، ومات حاكما بها ، له 114 مؤلفا منها " نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار – ط" ثماني مجلدات ، و" البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع – ط" مجلدان ، و" الأبحاث العرضية في الكلام على حديث حب الدنيا رأس كل خطية – و" فتح القدير – ط" في التفسير خمسة مجلدات ، و" إرشاد الفحول – ط" في أصول الفقه ، وغير ذلك . **خير الدين بن محمود الزركلي ، الأعلام ، دار العلم للملايين ، الطبعة : الخامسة عشر - 2002 م، ج6 ص298** .

[2] – محمد بن علي بن محمد الشوكاني إرشاد الفحول دار الكتاب العربي ، الطبعة : الطبعة الأولى 1419هـ - 1999م، تحقيق الشيخ أحمد عزو عناية ، دمشق ، ج2 ص205 .

[3] – أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي التيمي البكري الطبرستاني الأصل الرازي المولد، الملقب فخر الدين، المعروف بابن الخطيب، الفقيه الشافعي، فاق أهل زمانه في علم الكلام والمعقولات وعلم الأوائل، له التصانيف المفيدة في فنون عديدة منها تفسير القرآن الكريم ، وكتاب البيان والبرهان في الرد على أهل الزيغ والطغيان ،وكتاب تحصيل الحق وكتاب الزبدة والمعالم، وغير ذلك، وفي أصول الفقه المحصول والمعالم، وكانت ولادة فخر الدين في الخامس والعشرين من شهر رمضان سنة أربع وأربعين، وقيل ثلاث وأربعين وخمسمائة، بالري، وتوفي يوم الاثنين، وكان عيد الفطر، سنة ست وستمائة بمدينة هراة . **أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، تحقيق : إحسان عباس ، دار صادر – بيروت، الطبعة الأولى ، ج4ص252** .

[4] – محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، المحصول للرازي ، تحقيق طه جابر فياض العلواني ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – الرياض ، الطبعة الأولى ، 1400 ، ج6 ص7 .

[5] - عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء: فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد. ولد ونشأ في دمشق، وزار بغداد سنة 599 هـ فأقام شهرا ، وعاد إلى دمشق، فتولى الخطابة والتدريس بزاوية الغزالي، ثم الخطابة بالجامع الأموي ، وتوفي بالقاهرة، من كتبه " التفسير الكبير " و " الالمام في أدلة الاحكام " وقواعد الشريعة – خ " و " الفوائد – خ " و " قواعد الاحكام في إصلاح الانام – ط " فقه، و " ترغيب أهل الإسلام في سكن الشام " وغير ذلك .الزركلي ، مرجع سابق ، ج4 ص21 .

الدالة على مطلوب المجتهد [1]".

أما من المعاصرين فقد عرفه الإمام أبو زهرة فقال:" استفراغ الجهد و بذل غاية الوسع، إما في استنباط الأحكام الشرعية ،و إما في تطبيقها "[2].

كما عرفه فتح الدريني فقال:"بذل الجهد العقلي من ملكة راسخة متخصصة لاستنباط الحكم الشرعي العملي من الشريعة نصا و روحا، و التبصر بما عسى أن يفسر تطبيقه من نتائج على ضوء قواعد أصولية مشتقة من خصائص اللغة و قواعد الشرع أو روحه العام في التشريع" [3].

يلاحظ أن الاجتهاد جهد فكري يقوم به المجتهد حتى يشعر من نفسه العجز عن مزيد بحث في المسالة بطريق الاستنباط حتى لا يلحقه لوم بسبب التقصير في النظر ، وأما المعاني المستفادة من ظواهر النصوص فلا تسمى اجتهادا لتساوي العقول في إدراكها .

ويلاحظ أيضا أن التعريف الشرعي أخص من التعريف اللغوي حيث أن التعريف الشرعي يتعلق ببذل الوسع والطاقة لاستنباط حكم شرعي من دليله ، أما التعريف الغوي فيشمل بذل الجهد والطاقة لبلوغ أمر مطلقا شرعيا كان أم غير ذلك .

وأما التعريفات الشرعية فهي متقاربة في معانيها إلا أن الإمام أبا زهرة قسم الاجتهاد على اجتهاد في استنباط الأحكام واجتهاد في تطبيقاتها ، وهو مسبوق في هذا التقسيم من الإمام الشاطبي[4] كما سنرى في المبحث الثاني مجالات الاجتهاد .

---

[1] – - أبو محمد عز الدين ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى ،

[2] – محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، ص 379 .

[3] – محمد فتحي الدريني ، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثالثة، 1997، ص

[4] - أبو اسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي نشأ رحمه الله في عصر مضطرب ، وظروف قاسية ، فقد عاش في مدينة غرناطة في عهد ملوك بني الأحمر ، قد اختلف في سنة ولادته فقيل سنة 730هـ ، لم يغادرغرناطة بل أخذ الفقه والأصول عن أكابر علماء عصره ، صنّف تصانيف نفيسة أهمها الموافقات ، وكتاب الاعتصام توفي في شعبان790هـ . الموافقات ص9،10 .

**الفرع الثاني : تعريف القضاء**

**أ : القضاء لغة**

الحكم والفصل ، وأصله من قضاي ، لأنه من قضيت إلأ أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ، **ومنه قوله تعالى** :﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًاۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾ الإسراء: 23 .

**وهو** في اللغة على وجوه فيأتي بمعنى الفراغ تقول قضيت حاجتي، والوصية ومنه قوله تعالى ﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ فِى ٱلْكِتَٰبِ لَتُفْسِدُنَّ فِى ٱلْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ وَلَتَعْلُنَّ عُلُوًّا كَبِيرًا ﴾ الإسراء: 4 **أي** عهدنا ، والصنع والتقدير ومنه قوله تعالى :

﴿ فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِى يَوْمَيْنِ وَأَوْحَىٰ فِى كُلِّ سَمَآءٍ أَمْرَهَاۚ وَزَيَّنَّا ٱلسَّمَآءَ ٱلدُّنْيَا بِمَصَٰبِيحَ وَحِفْظًاۚ ذَٰلِكَ تَقْدِيرُ ٱلْعَزِيزِ ٱلْعَلِيمِ ﴾ فصلت: 12[1] .

**ب : اصطلاحا**

عرفه الخطيب[2]: القضاء شرعا الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى[3] .

وعرفه الدردير[4]: الإخبار بالحكم على وجه الالزام لما فيه من فصل الخصومات ، رفع

---

[1] – ابن منظور ، مرجع سابق ، ج15–ص 186 ، محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق، ج1ص560 .

[2] - محمد بن أحمد الشربيني، شمس الدين: فقيه شافعي، مفسر، من أهل القاهرة. له تصانيف، منها (السراج المنير – ط) أربعة مجلدات، في تفسير القرآن، و (الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع – ط) مجلدان، و (شرح شواهد القطر – ط) و (مغني المحتاج – ط) أربعة أجزاء، في شرح منهاج الطالبين للنووي، فقه، و (تقريرات على المطول – ط) في البلاغة، و (مناسك الحج – ط) الزركلي ، مرجع سابق ، ج6ص6 .

[3] – محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ج4 ص372 .

[4] - **الدردير**هو أحمد بن محمد العدوي ، أبو البركات الشهير بالدّردي، فاضل من فقهاء المالكية ، ولد في بني عدي (بمصر) سنة 1127هـــ ، وتعلم بالأزهر ، وتوفي بالقاهرة سنة 1201هـــ ، من كتبه "أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك " و "منهج القدير" مجلدان في شرح مختصر خليل ، و" تحفة الإخوان في شرح البيان ". اا الزركلي ، مرجع سابق ، ج1- ص244 .

الهرج و إقامة الحدود ونصر للمظلوم [1].

وعرفه الكاساني[2] : هو الحكم بين الناس بالحق ، والحكم بما أنزل الله عزوجل [3] .

يلاحظ أن التعريفات الشرعية متقاربة وهي الفصل والحكم على الواقعة المتنازع فيها إذا كان القضاء شرعيا ، أو حكم القانون إذا كان بخلافه إذا كان القضاء بخلافه ، وأما علاقة التعريفات الشرعية باللغوية ، أن التعريف اللغوي أعم فيشمل الحكم والفصل في الخصومة وغيرها ، ويشمل معاني أخرى متغايرة كما بينها علماء اللغة .

**الفرع الثالث : تعريف الاجتهاد القضائي**

الاجتهاد القضائي هو بذل القاضي وسعه للوصول إلى حكم في الواقعة المتنازع عليها .

كما يطلق الاجتهاد القضائي على الأحكام القضائية التي وصل القاضي إليها عند تطبيق النص .

فالاجتهاد القضائي أخص من مطلق الاجتهاد إذ يعني الاجتهاد الذي يقوم به القاضي فيما يعرض عليه من أقضية للبت فيها .

---

[1] – أحمد بن محمد الدردير ، الشرح الكبير ، دار الفكر ، ج2 ص174 ،

[2] – **الكساني** هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاشاني أو الكاساني ، يروى بكليهما ، علا الدين ، فقيه حنفي من أهل حلب له: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في سبع مجلدات ، السلطان المبين في أصول الدين ، توفي بحلب . الزركلي ،مرجع سابق ، ج2- ص70.

[3] – علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، سنة النشر 1982، رقم الطبعة الثانية ، ج7 ص2 .

## المطلب الثاني : أهمية الاجتهاد القضائي

الاجتهاد القضائي لا يكاد يقل أهمية عن التشريع نفسه ،لأنه يضفي على القانون طابعه العملي الحي،لأن دور القاضي هو تطبيق النصوص العامة المجردة على الوقائع الخاصة ، و لأهمية هذا الاجتهاد اعتبر في الدول الأنجلوسكسونية من المصادر الرسمية للقواعد القانونية،حيث تعتبر الأحكام القضائية فيها بمثابة قواعد واجبة التطبيق في القضايا المماثلة إلاّ أنّ النظم القانونية اللاتينية و منها تأثر المشرع الجزائري لا تعتبر الاجتهاد القضائي من المصادر الرسمية، بل من المصادر التفسيرية،ولعل الذي حمل هذه الدول على ذلك الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، فكما أنّ السلطة التشريعية لا يمكنها أن تتولى مهمة الفصل بين الوقائع،كذلك لا تستطيع السلطة القضائية أن تضع القواعد القانونية العامة،ولكل من السلطتين حدود، الأولى:تضع القواعد القانونية اللازمة،و الثانية ليس لها إلاّ تطبيقها فإذا وجدت غموضا عند التطبيق لجأت إلى تفسيرها و توضيحها[1] .

و إذا كان الاجتهاد القضائي لا يستطيع من الوجهة النظرية إنشاء قواعد قانونية عامة، فإن باستطاعته من خلال تطبيقه لهذه القواعد إلى إيجاد ثروة قانونية غزيرة .

و يتمتع هذا الاجتهاد القضائي من الناحية العملية بقوة إلزامية لا تكاد تقل أهمية عن تلك القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية للقانون، و بالرغم من أنه لا يعتبر ملزما من الوجهة النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها .

و يعود السبب في هذه القوة الإلزامية التي يتمتع بها الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية إلى حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا المماثلة نفس الاجتهاد، و أن تتجنب تعديله بصورة مستمرة لئلا توصم بالتردد و عدم الاستقرار.

---

[1] - هشام القاسم ، المدخل إلى علم القانون ، مطبعة الإسكان العسكرية ، سوريا ، ص241 .

وهذا ما نصت عليه المادة 152من دستور 96 : تمثل المحكمة العليا في جميع مجالات القانون الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية ، والمحاكم ، تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ، ويسهران على احترام القانون .

وهو ما أكّدته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90/141المؤرخ في 19 ماي 1990 المتضمن تنظيم مجلة المحكمة العليا بقولها : ( إنّ موضوع مجلة المحكمة العليا هو التعريف بتطبيق القانون بهدف توحيد الاجتهاد القضائي للمجالس القضائية و المحاكم) و لذلك تستعمل القرارات عبارة "ما استقر عليه قرار المحكمة"،"لما جرى به العمل القضائي"أو عبارة "من المبادئ المستقر عليها قضاء "[1] .

و على هذا فإنّ الاجتهاد القضائي إذا استقر بالنسبة لموضوع من المواضيع،و خاصة إذا كان هذا الاجتهاد صادرا عن المحكمة العليا،فإنّ المحاكم تحاول عمليا أن تتقيد به في أحكامها و تعتبر نفسها ملزمة باتباعه في جميع القضايا التي تعرض عليها،و إن كان هذا الاجتهاد غير ملزم كما سبق ذكره من الناحية النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي صدر بشأنها.

وإذا كان للاجتهاد القضائي هذه القوة الإلزامية من الوجهة العملية، فليس معنى ذلك أنّ هذا الاجتهاد لا يمكن تعديله قط أو الخروج عليه، بل من الممكن أن تعدل المحاكم من اجتهادها إذا وجدت أنّ هنالك ضرورة تدعوها إلى ذلك، و هذا التعديل إذا كان صادرا عن المحكمة العليا ، يصبح هو الاجتهاد الجديد الذي تحاول سائر المحاكم أن تتقيد به لأنّه يمثل الاتجاه الأخير لتلك المحكمة [2] .

---

[1] – عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ، دار جسور للنشر والتوزيع ، الطبعة الثالثة ، سنة 2007 ، ص 225 .

[2] - هشام القاسم ، المرجع السابق ص 243 .

على أن المحاكم و خاصة المحكمة العليا لا تلجأ إلى تعديل اجتهادها،إلاّ إذا وجدت هناك اعتبارات قوية تبرر ذلك،كأن يصبح الاجتهاد القديم غير ملائم لتطور المجتمع و ظروفه الحالية ، و على هذا نجد أنّ الاجتهاد القضائي يحقق عاملي الاستقرار و المرونة في آن واحد، فهو يحقق عامل الاستقرار لأنّ المحاكم تحاول أن تلزم به و أن تتبعه بصورة مطردة في القضايا المتماثلة،و هو يحقق عامل المرونة لأنّ من الممكن تعديله و تطويره كلما دعت الحالة إلى ذلك .

# المبحث الثاني : مجالات الاجتهاد القضائي

## تمهيد

اشترط علماء الشريعة فيمن يتصدر للاجتهاد أن تتوفر فيه شرائطه ، و قد لخص الشاطبي هذه الشروط في شرطين أساسيين، فقال: "إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين:

**أحدهما:** بفهم مقاصد الشريعة على كمالها

**الثاني:** التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها "[1] .

ذلك أن ما يعرض للمجتهد من الوقائع سواء كان فقيها أم قاضيا قد يكون من المنصوص عليه أو المسكوت عنه، وكل من المنصوص عليه أو المسكوت عنه يحتاج لبيان حكمه إلى اجتهاد حتى يتوصل به إلى استنباط الأحكام الشرعية وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث الذي قسمته إلى مطلبين :

**المطلب الأول : الاجتهاد في نطاق النص**

**المطلب الثاني : الاجتهاد فيما لا نص فيه**

---

[1] - إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، تحقيق الدكتور محمد الإسكندراني وعدنان درويش ، دار الكتاب العربي ، بيروت ،الطبعة الأولى 2002، ص734 .

## المطلب الأول : الاجتهاد في نطاق النص

الاجتهاد في نطاق النص ينقسم إلى قسمين :**الاجتهاد في فهم النص ، و الاجتهاد في تطبيق النص**

**الفرع الأول : الاجتهاد في فهم النص**

لما كانت النصوص ليست على درجة واحدة من الوضوح والغموض احتاج الفقيه للاجتهاد وبذل الجهد لرفع الغموض على هذه النصوص للوصول إلى الحكم الشرعي من دليله التفصيلي ، وقد قسم جمهور الأصوليين ( المتكلمين) النص الشرعي من حيث الوضوح والغموض إل ثلاثة أقسام : نص ، وظاهر، ومجمل .

**أ–النص** : وقد عرفه الغزالي[1] بأنه اسم مشترك يطلق في تعاريف العلماء على ثلاثة أوجه :

الأول : ما أطلقه الشافعي –رحمه الله – فإنه سمى الظاهر نصا وهو منطبق على اللغة .

الثاني : وهو الأشهر مالا يتطرق إليه احتمال أصلا لا على قرب ولا بعد ، كالخمسة مثلا فإنه نص في معناه لا يحمل الستة والأربعة .

الثالث : ما يتطرق إليه احتمال مقبول ناشئ عن دليل ، أما الاحتمال الذي لا يعضده دليل فلا يخرج اللفظ عن كونه نصا .

---

[1] - محمد بن محمد بن محمد الإمام حجة الإسلام زين الدين أبو حامد الطوسي **الغزالي** ولد بطوس سنة خمسين وأربعمائة أخذ عن الإمام الجويني ولازمه حتى صار أنظر أهل زمانه وجلس للإقراء في حياة إمامه وصنف ، توفي في جمادى الآخرة سنة خمس وخمسمائة ومن تصانيفه البسيط وهو كالمختصر للنهاية والوسيط ملخص منه وزاد فيه أمورا من الإبانة للفوراني ومنها أخذ هذا الترتيب الحسن الواقع في كتبه وتعليق القاضي الحسين والمهذب واستمداده منه كثير كما نبه عليه في المطلب ومن تصانيفه أيضا الوجيز وغير ذلك . **شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي ، سير أعلام النبلاء، تحقيق مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة : الثالثة ، 1405 هـــ / 1985 م .**

وقد مال الغزالي إلى الإطلاق الثاني [1]، ومن هنا جاء في المنخول كما نقل الزركشي[2] قوله ، والمختار عندنا أن النص لا يتطرق إليه تأويل [3] .

وعرفه ابن قدامة[4] بقوله : ما يفيد بنفسه من غير احتمال له لقوله تعالى :﴿ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾ البقرة: 196، مع تقرير أن اسم النص قد يطلق على الظاهر ولا منه ، فإن النص في اللغة بمعنى الظهور واستشهد على ذلك بقول امرء القيس

وجيد كجيد الريم بفاحش        إذا هي نصته ولا بمعطل [5] .

فالنص إذا هو ما لا يتطرق إليه احتمال التأويل والتوضيح لقوله تعالى﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ البقرة: 275 ، وإذا كان كذلك فلا يعدل عنه إلا بنسخ زمن النص ، فلا يحتاج إلى اجتهاد فيه .

**الظاهر**:عرفه الشوكاني بأن لفظه يغني عن تفسيره [6].

---

[1] – أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، المستصفى في علم الأصول ، تحقيق : محمد بن سليمان الأشقر ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ، الطبعة : الأولى، 1417هـــ/1997م ، ج1 ص196 .

[2] - الزركشي رحمه الله هو العلامة أبو الحسن الشيخ بدر الدين الزركشي تفقه على بعض أصحاب الدميري وبرع في المذهب حتى فاق على أهل زمانه ولقبوه بالسبكي لثاني وله تصانيف منها بداية المحتاج في شهر المنهاج مات رحمه الله سنة إحدى وثلاثين وتسعمائة . **أبو إسحاق الشيرازي ، طبقات الفقهاء ، تحقيق إحسان عباس ، دار الرائد العربي ، بيروت – لبنان ، الطبعة : ، 1تاريخ النشر : 1970، ج1 ص279-280 .**

[3] – بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق د. محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية بيروت سنة النشر : 1421هـــ - 2000م ، ج1 ص375 .

[4] - **ابن قدامة** أبومحمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر المقدسي الجماعيلي ثم الدمشقي الصالحي الحنبلي صاحب المغني مولده بجماعيل من عمل نابلس سنة إحدى وأربعين وخمس مئة في شعبان وهاجر مع أهل بيته وأقاربه وله عشر سنين وحفظ القرآن ولزم الاشتغال من صغره وكتب الخط المليح وكان من بحور العلم ، صنف المغني عشر مجلدات والكافي أربعة والمقنع مجلدا والعمدة مجيليدا والقنعة في الغريب مجيليد والروضة مجلد ...إلخ ، وانتقل إلى رحمة الله يوم السبت يوم الفطر ودفن من الغد سنة عشرين وست مئة وكان الخلق لا يحصون توفي بمنزله بالبلد قال وكنت فيمن غسله . الذهبي ، مرجع سابق ، ج22-165 –171 .

[5] – عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، روضة الناظر تحقيق : د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد ، جامعة الإمام محمد بن سعود – الرياض ، الطبعة الثانية ، 1399 ، ج1 ص177 .

[6] – الشوكاني ، مرجع سابق ، ج2ص31 .

وعرفه الباقلاني [1]: بأنه لفظة معقولة المعنى لها حقيقة ومجاز فإن أجريت على حقيقتها كانت ظاهرا ، وإن عدلت إلى جهة المجاز كانت مؤولة [2] .

وعرفه ابن قدامة : هو ما يسبق إلى الفهم منه عند الإطلاق مع تجويز غيره أو هو ما احتمل معنيين هو في أحدهما أظهر [3] .

مثال الظاهر مطلق صيغ الأمر فهي ظاهرة في الوجوب مؤولة إلى الندب كقوله تعالى :

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ البقرة: 282 .

فالأمر بالكتابة عند المداينة ، ومثله الأمر بالإشهاد عند البيع ظاهره الوجوب ، ولكنه عند الجمهور خلاف لابن حزم للندب ، ودليل التأويل قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾ البقرة: 283 .

ومنها حمل مطلق صيغ العموم في اللغة على عمومها ، فحملها على وجه الخصوص مؤول ، ويمثل العلماء لذلك بحديث لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ، فلفظه صيام نكرة في سياق النفي ، والنكرة في سياق النفي تفيد العموم .

فحمل الصيام على وجه العموم بحيث يشمل التبييت كل أفراد الصيام:من فرض، و نفل، وقضاء، ومنذور:هو الظاهر.

أما تخصيصه بإخراج بعض الصور منه:فهو المؤول ، و على كل لا يخرج من العموم، إلا

---

[1] – القاضي أبو بكر محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن القسم، المعروف بالباقلاني البصري المتكلم المشهور؛ كان على مذهب الشيخ أبي الحسن الأشعري، ومؤيدا اعتقاده وناصرا طريقته، وسكن بغداد، وصنف التصانيف الكثيرة المشهورة في علم الكلام وغيره ، وكان في علمه أوحد زمانه وانتهت إليه الرياسة في مذهبه ، وتوفي القاضي أبو بكر المذكور آخر يوم السبت، ودفن يوم الأحد لسبع بقين من ذي القعدة سنة ثلاث وأربعمائة ببغداد . ابن خلكان ، مرجع سابق ، ج4 ص269-270، ا الزركلي ، مرجع سابق ، ج6ص176-177

[2] – الزركشي ، مرجع سابق ، ج1 ص376 .

[3] – عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، مرجع سابق ، ج1 ص178 .

من قام الدليل على أنه لا يشترط في التبييت [1].

حكم الظاهر وجوب العمل بما دلت عليه ظواهر النصوص ، ولا يعدل عن الظاهر إلى غيره إلا بدليل قوي للتأويل ، فيعمل بالعام ولا يعدل عنه إلى التخصيص ، والمطلق ولا يعدل عنه للمقيد إلا بدليل .

فالمجتهد يجتهد في بيان مراد الله من النص هل هو الظاهر أم خلافه ، فإذا كان الظاهر فلا يحتاج إلى دليل لدلالة اللغة على ذلك ، وأما إذا أوّل فالأمر يتوقف فيه على الدليل .
قال ابن قدامة : فحكمه أن يصار إلى معناه الظاهر ولا يجوز تركه إلا بتأويل والتأويل صرف اللفظ عن الاحتمال الظاهر إلى احتمال مرجوح به لاعتضاده بدليل يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي دل عليه الظاهر إلا أن الاحتمال يقرب تارة ويبعد أخرى وقد يكون الاحتمال بعيدا جدا فيحتاج إلى دليل في غاية القوة وقد يكون قريبا فيكفيه أدنى دليل وقد يتوسط بين الدرجتين فيحتاج دليلا متوسطا[2] .

**المجمل** : عرفه الشيرازي بقوله : هو ما لا يعقل معناه من لفظه وتفتقر في معرفة المراد إلى غيره [3] .

وعرفه الجويني[4]: هو المبهم والمبهم هو الذي لا يعقل معناه ولا يدرك مقصود اللافظ

---

[1] - محمد أديب الصالح ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، المكتب الإسلامي ، الطبعة الخامسة ، سنة النشر 2008 ، ص 183 .

[2] – ابن قدامة ،المغني ، مرجع سابق ، ج1 ص178 .

[3] – أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ، 1405هـ ، 1985م ، ص25 .

[4] - عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين: أعلم المتأخرين، من أصحاب الشافعي. ولد في جوين (من نواحي نيسابور) ورحل إلى بغداد، فمكة حيث جاور أربع سنين، وذهب إلى المدينة فأفتى ودرس، ثم عاد إلى نيسابور، فبنى له الوزير نظام الملك " المدرسة النظامية " فيها. وكان يحضر دروسه أكابر العلماء، له مصنفات كثيرة، منها " العقيدة النظامية في الاركان الاسلامية – " و " البرهان – " في أصول الفقه، ، و " الورقات – ط " في أصول الفقه، توفي بنيسابور. الزركلي ، مرجع سا بق ، ج4ص160 .

ومبتغاه من قولهم أبهمت البئر إذا سددته وردمته[1].

و عرفه الأمدي[2]:هو ما له دلالة على أحد أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر بالنسبة إليه[3].

وعرفه القرافي[4]: والمجمل هو الدائر بين احتمالين فصاعدا إما بسبب الوضع وهو المشترك أو من جهة العقل ، فكل مشترك مجمل وليس كل مجمل مشتركا [5].

**سبب الإجمال:** بين الشيرازي أن سبب الإجمال قد يرجع إلى وجوه متعددة:

أ:أن يكون اللفظ لم يوضع لدلالة على شيء بعينه كقوله تعالى:﴿ كُلُوا۟ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثْمَرَ وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ۖ وَلَا تُسْرِفُوٓا۟ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ ﴾ الأنعام: 141.

بينت الآية وجوب إخراج حق الله تعالى يوم حصاده لكن كم مقداره هذا من قبل المجمل الذي يحتاج إلى بيان ، فجاءت السنة فبينت هذا المجمل فيما سقت السماء العشر.

---

[1] – عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي ، البرهان في أصول الفقه تحقيق : د. عبد العظيم محمود الديب ، دار الوفاء – المنصورة – مصر ، الطبعة الرابعة ، 1418 ، ج1 ص281 .

[2] – علي بن محمد بن سالم التغلبي، أبو الحسن، سيف الدين الآمدي أصولي، باحث. أصله من آمد (ديار بكر) ولد بها، وتعلم في بغداد والشام. وانتقل إلى القاهرة، فدرس فيها واشتهر. وحسده بعض الفقهاء فتعصبوا فيها واشتهر. وحسده يبعض الفقهاء فتعصبوا عليه ونسبوه إلى فساد القعيدة والتعطيل ومذهب الفلاسفة، فخرج مستخفيا إلى " حماة " ومنها إلى " دمشق " فتوفي بها ، له نحو عشرين مصنفا، منها " الإحكام في أصول الاحكام – ط " منتهى السول – ط " . الزركلي ، مرجع سابق ، ج4ص 332، ابن خلكان ، مرجع سابق ، ج3ص 293 .

[3] – علي بن محمد الآمدي أبو الحسن ، الإحكام في أصول الأحكام ،،تحقيق د. سيد الجميلي دار الكتاب العربي – بيروت ، الطبعة الأولى ، 1404 ،ج3 ص13 .

[4] – أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن،أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برابرة المغرب) وإلى القرافة (المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي) بالقاهرة، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة، له مصنفات جليلة في الفقه والاصول، منها (أنوار البروق في أنواء الفروق – ط) أربعة أجزاء، و (الاحكام في تمييز الفتاوي عن الاحكام وتصرف القاضي والإمام – ط) و (الذخيرة –) إلخ الزركلي ، مرجع سابق ، ج1 ص95 .

[5] – شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي،الذخيرة، تحقيق : محمد حجي، دار الغرب، بيروت ، سنة النشر : 1994م ، ج1 ص102 .

ب:أن يكون اللفظ في الوضع اللغوي مشتركا بين شيئين :كالقرء يقع على الحيض و يقع على الطهر فيفتقر إلى بيان.

ج:و منها أن يكون اللفظ موضوعا لجملة معلومة إلا أنه دخلها استثناء مجهول كقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾ المائدة: ١ "فإنَ ما أحلَ من بهيمة الأنعام قد صار مجملا لَما دخله الاستثناء[1] .

وَمِنْهَا أَنْ يَفْعَلَ صلى اللَّهُ عليه وسلم فِعْلا يَحْتَمِل وَجْهَيْنِ احْتِمَالا وَاحِدا كَالْجَمْعِ بين الصلاَتين في السفرِ فَهُوَ مُجْمَلٌ لأَنَّهُ يَحْتَمِلُ السَّفَرَ الطَّوِيلَ وَالْقَصِيرَ فلا يَجُوزُ أَنْ يُحْمَلَ على أَحَدِهِمَا إلا بِدَلِيلٍ[2] .

ومثال آخر قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلۡفَضۡلَ بَيۡنَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة: ٢٣٧

فعقدة النكاح مترددة بين الزوج و الولي لذلك اختلف الصحابة في المعنى المراد على قولين فقال سيدنا علي الزوج وهو اختيار أبي حنيفة والشافعي في أصح قوليه ، وقال سيدنا ابن عباس الولي [3].

**الإجمال في الأفعال:**أوضح الشيرازي أنَ الإجمال كما يكون في الأقوال يكون في الأفعال.

و مما جعله من المجمل في الأفعال أن يقضي النبي صلى الله عليه و سلم في عين تحتمل حالتين احتمالا واحدا مثل أن يروى أنَ رجلا أفطر فأمره النبي صلى الله عليه و سلم

[1] – أبو إسحاق الشيرازي ، مرجع سابق ، ص26 .

[2] - الزركشي ، مرجع سابق ، ج3 ص48 .

[3] – القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي: أحكام القرآن ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م ، ج1ص293-294 .

بالكفارة فهو مجمل فإنه يجوز أن يكون أفطر بجماع ، و يجوز أن يكون أفطر بأكل فلا يجوز حمله على أحدهما دون الآخر إلا بدليل[1].

فالمجمل لا يعمل به إلا بعد البيان ،و ترجيح إحدى المعاني المتساوية على الأخرى ، و هذا يفتقر إلى قرائن خارجية عن النص التي لولاه ما تبين المعنى المراد.

**أماَ المتشابه:**فقد اختلف فيه الجمهور هل هو من قبل المجمل أو مما استأثر الله بعلمه و لم يطلع علمه لأحد من الخلق، وقد أورد الشيرازي القولين معا عند عرضه للمتشابه فقال:

و أماَ المتشابه فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال :هو و المجمل واحد ، و منهم من قال المتشابه ما استأثر الله بعلمه و لم يطلع عليه أحدا من خلقه ومن الناس من قال المتشابه هو القصص والأمثال والحكم والحلال والحرام ومنهم من قال المتشابه الحروف المجموعة في أوائل السور المص و المر وغير ذلك "[2] ورجح القول الأول فقال : والصحيح هو الأول لأن حقيقة المتشابه ما اشتبه معناه وأما ما ذكروه فلا يوصف بذلك [3].

و هو ما اختاره الجويني فقال ::المختار عندنا أن المحكم كل ما علم معناه و أدرك فحواه ، والمتشابه هو المجمل "[4] .

فالمتشابه إذا كان من قبيل المجمل فيندرج تحته،و إذا كان مما استأثر الله بعلمه عن الخلق و لا مطمع للمجتهد في معرفة مراده،و المتشابه بهذا التعريف لا وجود له في الأحكام الشرعية .

فعمل المجتهد أو الفقيه أو القاضي دائر بين الظاهر و المجمل ، و أماَ النص فلوضوحه لا يفتقر إلى بيان و تفسير و اجتهاد، ولذلك قرر العلماء القاعدة لا اجتهاد مع النص.

**أماَ بالنسبة للقانون** فإن التشريع عبارة عن قواعد عامة مجردة من قبل المشرع لتطبق على الحالات الخاصة التي تتناولها أحكامها فحين تعرض على القاضي مثلا قضية من القضايا

---

[1] – أبو إسحاق الشيرازي ، المرجع السابق ، ص26.

[2] – المرجع نفسه .

[3] - المرجع نفسه .

[4] – الجويني ، المرجع السابق ، ج1 ص284 .

يكون من واجب هذا القاضي أن يبدأ فيبحث في نصوص التشريع عن القاعدة التي يمكن تطبيقها على القضية المعروضة عليه،ثم يصدر حكمه في الواقعة، غير أنَ عمل القاضي لا يكون عادة على مثل هذا القدر من السهولة فالقواعد التي يتضمنها التشريع ليست واضحة دوما كل الوضوح و ليست خالية من كل عيب أو نقص،بل كثيرا ما يجد القاضي نفسه مضطرا إلى أن يتبين مضمون القاعدة التشريعية و تفسيرها ليستخلص الحكم المطلوب لتطبيقه على الواقعة.

و الحالات التي يلجأ القاضي فيها إلى الاجتهاد و التوضيح و التفسير هي الخطأ المادي، الغموض أو الإبهام،النقص أو السكوت،التناقض أو التعارض.

**أ:لخطأالمادي**:يعتبر الخطأ المادي في التشريع إذا كانت العبارة التي ورد بها هذا النص تتضمن خطأ فادحا في بعض ألفاظها بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيحها،و هذا النوع من العيوب هو من أبسطها و أقلها شأنا،لأنه في الواقع لا يستوجب تفسيرا و لا توضيحا ولا اجتهادا في النص المعيب ، و إنَما تصحيحه فقط،و التصحيح في هذه الحالة لا يثير أي خلاف حوله لبداهته و وضوحه[1].

**ب–الغموض أو الإبهام**:يعتبر النص مشوبا بالغموض أو الإبهام إذا كانت عبارته غير واضحة بحيث تحتمل التفسير و التأويل،و يمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد،و مهمة القاضي في هذه الحالة هي أن يختار من بين المعاني المختلفة التي يحتملها النص المعنى الأكثر صحة،و الأقرب إلى الحق و الصواب [2].

**مثال**:جاء في المادة 54 من قانون الأسرة قبل التعديل : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم .

---

[1] – هشام القاسم ، مرجع سابق ، ، ص141 .

[2] – هشام القاسم ، مرجع نفسه ، ص141 ، د–عمار بوضياف، مرجع سابق ، ص237 ..

فالنص القانوني لم يبين الطبيعة القانونية للخلع هل هو عقد رضائي يشترط لصحته رضا الزوج أم لا ، لذلك اختلف القضاة في تفسير هذه الطبيعة القانونية فمنهم من اعتبره عقد رضائي وجاءت بعض القرارات القضائية تؤكد هذا كما جاء في قرار بتاريخ : 1984/06/11 ما يلي :

متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، فانّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع .

إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع ، وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين ، وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وإنّ الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك ، فان هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي[1] .

وجاء في قرار بتاريخ 1985/02/25 ما يلي :

من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ، ولا يعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه .

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها[2] .

---

[1] - قرار رقم 33652 بتاريخ 11-6-1984 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الثالث ص 38 .

[2] - – قرار رقم 35891 بتاريخ 25-2-1985 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الأول ، ص 80 .

ومنهم من لم يعتبره عقدا رضائيا وإنما هو حق للمرأة أعطي لها في مقابل ما أعطي الزوج من الطلاق لافتداء نفسها إذا كرهت البقاء مع الزوج فجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21 ما يلي :

من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره ، وفي حالة عدم اتفاقها يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا .

وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال كما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوجة طبقوا صحيح القانون .

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1] .

وجاء في قرار بتاريخ 1996/07/30 ما يلي :

من المقرر قانونا وشرعا أنّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ليس عقدا رضائيا.

ومن ثم فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، و لم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة

---

[1] - - قرار رقم 83603 بتاريخ 21-7-1992 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، عدد خاص ، ص 134 .

ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه[1] .

**ج–النقص**:يعتبر هناك نقص في النص إذا جاءت عبارته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها[2]، مما يستدعي اجتهادا من القاضي في تقدير محذوف ليكون تطبيقه صحيحا.

**مثال**: جاء في المادة 9 مكرر يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :
أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، شاهدان ، انعدام الموانع الشرعية للزواج .
يلاحظ أن المشرع لم يبين جنس وصفة الشهود ، وهذا نقص واضح في التشريع يحتاج إلى تفسير وبيان ، وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أنهم فسر هذا النص بما ذهب غليه أغلب الفقهاء من اشتراط الذكورة والعدالة في شهادة الشهود في الزواج ، وهو ما أكده القرار رقم 43889 بتاريخ 15-12-1986 جاء فيه : من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاه أحدهما ، وأنكره الآخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد ، أو السماع الفاشي ، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدليين ذكريين ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية[3] .

**د–التناقض أو التعارض**:يكون التناقض أو التعارض بين نصين إذا كان الحكم الذي يدل عليه أحدهما يخالف تماما الحكم الذي يمكن أن يستنتج من الآخر، و مهمة القاضي في هذه الحالة أن يحاول التوفيق بين النصين فإذا تعذر ذلك رجح أحدهما على الآخر[4].

---

[1] - قرار رقم 141262 بتاريخ 30-7-1996 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1998 ، العدد الأول ، ص 120.

[2] – هشام القاسم ، مرجع سابق ص142 ، د- بوضياف ، مرجع سابق ، ص238.

[3] – قرار رقم 43889بتاريخ 15-12-1986 ،غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993، العدد 2 ، ص 37 .

[4] – هشام القاسم ، مرجع سابق ، 143 ، د- بوضياف ، مرجع سابق ،239 .

جاء في قانون الأسرة المادة7 : تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .

فالقانون المدني يعتبر أهلية الرجل والمرأة تكتمل ببلوغهما 18سنة ، وفي قانون الأسرة ب19 سنة وهذا تعارض واضح بين النصيين ، وللجمع بينهما أن الأهلية تكتمل ببلوغ 18سنة ، فيصح لمن بلغ هذه السن أن يباشر جميع التصرفات القانونية إذا توافرت بقية الشروط ، أما في الزواج فلا يصح لهما إبرام العقد استقلالا دون ترخيص من القاضي كما نصت عليه المادة 7 قانون أسرة صراحة ، وهذا الجمع من قبيل تخصيص العام .

ومثال آخر نصت المادة 144 من قانون العقوبات : يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين كل من أهان قاضيا أو موظفا أو قائدا أو أحد رجال القوة العمومية بالقول أو الإشارة أو التهديد......

ولكن بالانتقال إلى قانون الإجراءات المدنية وإلى نص المادة 31الفقرة4 نجدها قضت بعقوبة مخالفة للأولى في ذات الفعل إذ جاء فيها : وفي حالة إهانة القاضي أو الاخلال الجسيم بواجب الاحترام له يحرر القاضي محضرا بما حدث ويجوز له أن يحكم على الشخص بالحبس مدة لا تتجاوز ثمانية أيام .

فبين النصين المنظمين لفعل واحد تناقض صارخ إذ حدد قانون العقوبات جريمة إهانة ولو لفظا بالحبس إلى غاية سنتين بينما اكتفت الأولى بحبسه ثمانية أيام على أقصى تقدير .

و **لتفسير التشريع اتجاهات ثلاث:**

**أ–اتجاه المدرسة التقليدية أو مدرسة الشرح على المتون** :تقوم على التقيد بنصوص التشريع تقيدا تاما و عدم الخروج عنها مطلقا،و قد ظهرت هذه المدرسة في فرنسا في مطلع القرن التاسع عشر.

و السبب الرئيسي في ظهور هذه المدرسة و انتشارها هو صدور عدد من التشريعات في فرنسا في مطلع القرن التاسع عشر،و بصورة خاصة صدور القانون المدني الفرنسي في عهد

نابوليون،و هو أضخم قانون عرف في ذلك العصر،و من شأن التشريعات الحديثة أن تحتل في نفوس رجال القانون مترلة خاصة حتى ليكادون يحسبون أحيانا أنها بلغت مرحلة الكمال و أنَ فيها كل ما قد يحتاجون إليه من القواعد القانونية فيؤدي بهم هذا الاعتقاد إلى التقيد بها تقيدا تاما و اتباع نصوصها اتباعا دقيقا [1].

أماَ المبادئ التي نادت بها هذه المدرسة في تفسير التشريع فيمكن إيجازها في ما يلي:

- على القاضي أن يستمد أحكامه كلها من نصوص التشريع ،لأن التشريع يتضمن كل ما تدعو الحاجة إليه من القواعد القانونية.
- ليس على القاضي أن يتوقف في تفسيره للتشريع عند ألفاظه، بل عليه أن يبحث عن نية المشرع التي تبدو من خلال عباراته.
- هذه النية على القاضي أن يبحث عنها لدى المشرع الذي أصدر التشريع و في الزمن الذي أصدره فيه ، وإذا لم يكن من الممكن معرفة نية المشرع الذي وضع التشريع بالنسبة لأمر من الأمور فعلى القاضي أن يفترض هذه النية افتراضا.

**ب–اتجاه المدرسة التاريخية** :إنَ الفكرة الرئيسية التي تقوم عليها المدرسة التاريخية فيما يتعلق بتفسير التشريع هي ضرورة تفسير هذا التشريع تفسيرا جريئا واسعا،فلا تتبع بالنسبة إليه دوما إرادة المشرع نفسه الذي صدر عنه،بل تراعى فيه ضرورات المجتمع و التطور الحالي ،لأن النصوص لا يجب أن تجمد عند إرادة واضعها الأصلي و إنما عليها أن تتبع الزمن في تطوره و سيره [2].

فالمدرسة التاريخية تجعل نقطة انطلاقها في التفسير نصوص التشريع ذاتها،و هي لا تستطيع إلاَ أن تبدأ من هذه النصوص لأن التشريع واجب الاحترام دوما و لا يمكن للقاضي قط أن يهمله أو يمتنع عن تطبيقه،و لكنها و هذا هو وجه اختلافها الرئيسي مع المدرسة التقليدية ، لا ترى أن تفسر هذه النصوص دوما وفقا لإرادة المشرع الذي صدرت عنه و

---

[1] – هشام القاسم ، مرجع سابق ، ص144 ،د- بوضياف ، مرجع سابق ، ص227 .

[2] – هشام القاسم ، المرجع السابق ، ص144،د- بوضياف ، المرجع السابق ، 228 .

أن يتمسك بهذه الإرادة مهما تغيرت الظروف ، أو مر عليها من الزمن،بل هي تعتبر أنَ النصوص القانونية بعد صدورها عن المشرع تصبح ذات وجود مستقل قائم بذاته منفصل عن إرادة المشرع نفسه بحيث يمكن تكييفها و تفسيرها وفقا للتطورات المختلفة التي تطرأ على المجتمع .

**ج–اتجاه المدرسة العلمية:** يعتبر مؤسس هذه المدرسة الفقيه الفرنسي "جني " و قد حاول فيها أن يوفق إلى حد ما بين نظريات المدرستين السابقتين و أن ينشئ مذهبا جديدا في التفسير قائم على أساس علمي .

و من أهم مبادئ المدرسة العلمية التي نادى بها جني ما يلي:

على القاضي أن يتمسك أولا بالنصوص ثم يفسرها وفقا لإرادة المشرع الذي نتجت عنه،و هذا المبدأ يتفق إلى حد بعيد مع وجهة نظر المدرسة التقليدية.

و لكن البحث عن إرادة المشرع الذي وضع التشريع لا يمكن أن يستمر بصورة مطلقة بل هناك ظروف و حاجات متجددة لابد من الاعتراف معها بأن نية المشرع غير معلومة بالنسبة إليها،و عندئذ ليس على القاضي أن يجهد نفسه في البحث عن هذه النية أو يفترضها افتراضا قد يكون مصطنعا في أغلب الأحيان،بل هو يستطيع أن يطبق على هذه الحالات الجديدة الحكم الذي يرى أنه أدعى إلى المصلحة و الصواب و أكثر ملاءمة لهما دون الاستناد إلى أي نص تشريعي [1] .

**طرق التفسير:** و يقوم القاضي عمليا بتفسير التشريع و استنتاج الحكم الصحيح منه الذي سيقضي بموجبه إلى عدد من الوسائل و الطرق التي تساعده في تفسير هذا النص،و نقتصر على بيان بعض الطرق التي اعتمدتها بصورة رئيسية المدرسة التقليدية ، و أخذت بها و أبرزت أهميتها ، و هي على نوع:طرق داخلية ،و طرق خارجية.

[1] – هشام القاسم ، المرجع السابق ، ص148 .

**أولا: طرق التفسير الداخلية**:و تقوم هذه الطرق على تحليل النص تحليلا منطقيا و استنتاج الحكم المطلوب منه مباشرة، دون اللجوء لإيضاحه إلى وسائل ، و مستندات أخرى خارجة عنه .

و من أهم طرق التفسير الداخلية:الاستنتاج بطريق القياس، الاستنتاج من باب أولى،الاستنتاج بمفهوم المخالفة.

**الاستنتاج بطريق القياس**:و يلجأ إليه لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع ، و ذلك لوجود الشبه الأكيد بين الحالتين،أو لوجود ما يسمى بالاتحاد بينهما في السبب و العلة [1] .

**الاستنتاج من باب أولى**:و يلجأ إليه لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع،لا لأن علة الحكم الوارد بشأن الحالة الأولى أو سببه متوافران في الحالة الثانية فحسب كما هو الأمر بالنسبة للاستنتاج بطريق القياس، و لكن لأنهما أكثر توافرا في هذه الحالة الثانية منهما في الأولى[2].

**الاستنتاج بمفهوم المخالفة**:و يلجأ إليه لتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع،لأن الحالة الثانية تختلف كل الاختلاف عن الأولى بحيث تعتبر معاكسة لها تماما[3].

فطريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة هي عكس الاستنتاج بطريق القياس .

**ثانيا:طرق التفسير الخارجية**:و نعني بذلك مجموع الأدلة و الوثائق و الوسائل التي يستعين بها القاضي على تفسير النص التشريعي و بيان معناه.

و من أهم الطرق الخارجية التي يستعين بها القاضي على تفسير التشريع:حكمة التشريع و غايته،الأعمال التحضيرية ، المصادر أو السوابق التاريخية.

---

[1] – هشام القاسم ، مرجع سابق ، ص150 ، د–بوضياف ، مرجع سابق ،ص234 .

[2] – المرجع نفسه .

[3] – هشام القاسم ، مرجع سابق ، ص151 ، د–بوضياف ، مرجع سابق ،ص235

**حكمة التشريع و غايته:** لا شك أن المشرع حين يضع نصا من النصوص لا يفعل ذلك بصورة عفوية أو اعتباطية، و إنَما هو يختار هذا النص سعيا وراء غاية يحرص عليها أو تحقيقا لحكمة يراها [1].

فمعرفة غاية النص التشريعي والحكمة التي يتضمنها تساعد إذن على تفسير هذا النص حين غموضه وعلى استنتاج الحكم الصحيح منه .

**الأعمال التحضيرية** : يقصد بالأعمال التحضرية مجموعة الوثائق التي تبين مختلف المراحل التي مر بها النص وتتمثل في مشروع أو اقتراح القانون مع بيان أسبابه ومختلف التقارير اللاحقة له كالتقرير التكميلي والتمهيدي [2].

فالتشريع قبل أن يقر بصورة نهائية يمر بمراحل وأدوار متعددة يناقش فيها وتدرس نصوصه، ويكون من شأن هذه الدراسات و المناقشات التي تسبق إقراره أن تزيد معناه جلاء ووضوحا .

**المصادر أو السوابق التاريخية** : يقصد بالمصادر أو السوابق التاريخية المصادر التي أخذ عنها التشريع قواعد واستمد منها أحكامه ، فالتشريعات الأجنبية تعتبر بمثابة مصادر تاريخية لأغلب تشريعاتنا الحديثة التي استمدت أحكامها منها فمثلا القانون المدني المصري والفرنسي مصدران تاريخيان لكثير من نصوص القانون المدني الجزائري ،كما أنَ الشريعة الإسلامية تعتبر أيضا المصدر التاريخي لقانون الأسرة [3].

فبإمكان القاضي حين يجد نفسه أمام نص تشريعي غامض ، أن يرجع إلى المصدر الأصلي الذي استمد منه التشريع أحكامه و أن يفسر النص في ضوئه.

---

[1] - هشام القاسم ، مرجع سابق ، ص153 ، د-بوضياف ، مرجع سابق ،ص244

[2] - د- بوضياف ، مرجع سابق ، ص242 .

[3] - هشام القاسم ، مرجع سابق ، ص155 ، د- بوضياف ، مرجع سابق ،ص243

## الفرع الثاني : الاجتهاد في تنزيل النص أو تطبيقه

الاجتهاد في تطبيق النص لا يقل أهمية عن الاجتهاد في فهم النص بل اعتبر الشاطبي أن هذا النوع من الاجتهاد لا ينقطع إلاَ بانقطاع التكليف جاء في قوله:الاجتهاد على طريقين أحدهما لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع التكليف و ذلك عند قيام الساعة،و الثاني يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا.

فأما الأول:فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط و هو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله و معناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن النظر في تعيين محله [1].

قال ابن القيم[2] : لا يمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى ، والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم أحدهما فهم الواقع والفقه فيه ، واستباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن ، والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما ، والثاني فهم الواجب في الواقع ، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه ، أو على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم في هذا الواقع ، ثم تطبيق أحدهما على الآخر[3] .

فالمجتهد لا يعمد إلى النصوص فيطبقها بشكل آلي ، ولكنه ينظر في الواقع الذي يريد تنزيل النص عليه ، ولذلك قال الشاطبي : أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي ويبقى النظر في تعيين محله [4] .

وقال الشاطبي أيضا : الأفعال لا تقع في الوجود مطلقة ، وإنما تقع معينة مشخصة فلا يكون الحكم واقعا عليها ، إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق ، أو ذلك

---

[1] – الشاطبي ، المرجع السابق ،725 .

[2] محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي ، أبو عبد الله شمس الإسلام من أركان الإصلاح الإسلامي مولده 691 هــ ووفاته751 هــ بدمشق ، تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله ، من مؤلفاته أعلام الموقعين ، أحكام الذمة وغيرها . االزركلي ، مرجع سابق ، ج6 ص56 .

[3] – ابن القيم ، المرجع السابق ، ج1 ص87،88 .

[4] – الشاطبي ، المرجع السابق ، ص725 .

العام ، وقد يكون ذلك سهلا ، وقد لا يكون ، وكله اجتهاد [1] .

فالاجتهاد في النص تفهما وتعقلا بتحليله ، والتعرف على أسراره ومقاصد الشارع منه ، هو السبيل الصحيح لتطبيقه .

مثال على ذلك قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ٦٠ ﴾ التوبة: 60 .

فالآية توجب إعطاء المؤلفة قلوبهم نصيبهم من الزكاة إلا أن عمر في عهده منعهم ذلك وحجة عمر في اجتهاده أن الحاجة لتأليف القلوب منتفية في زمنه بسبب عزة الإسلام ، ومنعته فتخلفت بذلك الصفة التي كان يعطى لأجلها هؤلاء ، فلم يستحقوا الزكاة ، وهذا الاجتهاد من عمر هو اجتهاد في تحقيق مناط الحكم .

و مثال آخر ما جاء في المادة53 الفقرة الثانية يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

بناءا على هذا النص حكم قاضي المجلس بتطليق الزوجة بسبب عيب الزوج في عدم الإنجاب و اعتبر أنَ العقم مانع من تحقيق هدف الزواج و هذا ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 87301 بتاريخ 1992/12/22 :

من المقرر قانونا و قضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة و تربية الأولاد.

و لما أسَس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادا للنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم

---

[1] – الشاطبي ، مرجع سابق ،ص727 .

الأسباب الشرعية الكافية،ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف[1] .

مثال آخر:جاء في المادة43:ينسب الولد لأبيه إذا وقع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

تنص المادة على أنه في حالة وفاة أو طلاق فإن النسب ينسب لأبيه إذا وقع الحمل خلال أقصى مدة و هي عشرة أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق،أما إذا لم يتم الطلاق أو لم تحدث الوفاة فإنَ هذه المدة لا تحتسب و لو دام الخلاف بينهما و الشقاق طويلا ما لم ينف الزوج بالطرق المشروعة و هو اللعان ، لإمكانية حدوث اللقاء بينهما في أي وقت بسبب قيام الرابطة الزوجية بينهما،و هذا ما أكده قرار رقم222674 بتاريخ1999/6/15 من المقرر قانونا أن يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و من المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وقع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

و متى تبين من قضية الحال أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين،و أن الانفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما و لم يكن لا في حالة الطلاق و لا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43_60 من قانون الأسرة و من ثم فإن العصمة بينهما قائمة و الزواج شرعي و ثبت نسب التوأمين لأن الطاعن لم ينفيه بالطرق المشروعة أي الملاعنة.

و عليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا مما يستوجب رد الوجه الأول لعدم التأسيس .

---

[1] - قرار رقم 87301 بتاريخ 22-12-1992 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1995 ، العدد الثاني ، ص 92.

و من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،34,33هذا القانون،ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

و متى تعين من قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأكيد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا و قانونا طبقا لأحكام المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزا سلطتهم و عرضوا قرارهم للنقض.

و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

[1] - قراررقم222674 بتاريخ1999/6/15، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1999 ، العدد الأول ، ص 126 .

## المطلب الثاني : الاجتهاد فيما لا نص فيه

جاء في المادة 222 كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية فقد ، نص المشرع الجزائري بناء على هذه المادة أنَ كل ما لم ينص عليه القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة.

و نلاحظ هنا ملاحظتين:

**الملاحظة الأولى:**أطلق المشرع للقاضي و لغيره العنان في الاجتهاد في كل ما لم ينص عليه صراحة،و ذلك أن جزئيات القضايا أو المسائل لا يمكن أن تعد أو تحصر بتشريع معين فكان لزاما من الاجتهاد في إطار الكليات العامة.

قال الشهرستاني[1] : والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد [2] .

و بهذا يضفي المشرع على القانون صفة المرونة و عدم الجمود.

**الملاحظة الثانية:**أن المشرع لم يقيد القاضي بالرجوع فيما سكت عنه القانون إلى مذهب معين كما هو الحال في بعض التشريعات العربية كالتشريع السوري الذي يقيد القاضي بالرجوع إلى مذهب الحنفية حصرا،أما المشرع الجزائري فأطلق له التصرف ليبحث في ظل أحكام الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين ما يراه محققا للمقاصد.

---

[1] - محمد بن عبد الكريم بن أحمد، أبو الفتح الشهرستاني ، من فلاسفة الاسلام، كان إماما في علم الكلام ولد في شهرستان (بين نيسابور وخوارزم) وانتقل إلى بغداد سنة 510 هـــ فأقام ثلاث سنين، وعاد إلى بلده وتوفي بها ، من كتبه (الملل والنحل – ط) ثلاثة أجزاء، و (نهاية الاقدام في علم الكلام – خ) و (الارشاد إلى عقائد العباد) و (تلخيص الاقسام لمذاهب الانام) و (مفاتيح الاسرار ومصابيح الابرار – خ) في التفسير، منه نسخة كتبت سنة 667 هـــ في خزانة مجلس الشورى الوطني بطهران . الزركلي ، مرجع سابق ، ج215 .

[2] - محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني ، الملل والنحل ، تحقيق : محمد سيد كيلاني دار المعرفة – بيروت ، 1404 ، ،ج1 ص197 .

و يعد هذا مندوحة للتشريع الجزائري دون غيره في فتح مجال لاجتهاد القاضي من غير تقيد لحريته.

و مثال على ذلك أجرة الحضانة ، فهل تستحق الحاضنة أجرة على ممارسة الحضانة في التشريع الجزائري أم لا ؟

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى بيان ذلك بل سكت عنه و بالرجوع إلى أحكام الشريعة وفقا للمادة 222 نجد أن الفقهاء اختلفوا في المسألة على قولين بسبب اختلافهم في طبيعة الحضانة هل هي حق أم واجب،و رجح قضاة المحكمة العليا القول الثاني دون الأول من عدم استحقاق المرأة أجرة على الحضانة بناء على قول من يرى أن الحضانة حق للمحضون واجب على الأم ، و لا يستحق من ممارسة الواجب أجرة .

جاء في القرار رقم 35912 بتاريخ 8.4.1985 الحاضنة لا تستحق أجرا على الحضانة،و المجلس إذا وافق على الحكم الذي جعل على الأب 500دج يدفعها كأجرة للحاضنة على الحضانة هو على هذا خلاف الشرع ، و أما الاستشهاد بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ الطلاق: 6 فليس ظاهرا في القضية ،و قد جاء في كتاب البهجة على شرح التحفة أنه لا أجرة للحاضن على الحضانة ،إذ الإنسان لا يأخذ أجرا على فعل شيء واجب عليه ،و مخالف لما يجري عليه العمل القضائي مما يعرض قراره للنقض في هذا الجانب [1].

مثال آخر: لم يتطرق المشرع الجزائري في موانع الإرث إلى مسألة اختلاف الدين ،و بناء عليه فسر القضاة المسكوت عنه بما ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية أخذا بالمادة 222 التي تحيل كل ما لم ينص عليه في هذا القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

---

[1] - قرار رقم 35912 بتاريخ 8-4-1985 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد1 ، ص89 .

فجاء القرار رقم 123051 بتاريخ 25-7-1995 كما يلي :

من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة ، ومن الثابت شرعا أن لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ، ولا يتوارث أهل الملتين شيئا .

ولما تبين من قضية الحال أن الطاعن لم يعتنق الإسلام، و لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك ، إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم ، ويتعين بذلك رفض الطعن[1] .

مثال آخر قانون الأسرة لم يتطرق لموضوع المتعة كلّه تاركا تفصيله إلى الشريعة الإسلامية وفق المادة 222 منه ،حيث نجد أنّ العمل بتقدير المتعة للمطلقة جاري في المحاكم ، والمجالس ، والمحكمة العليا وفق الشروط التي قررها الفقهاء كما هو موضحا من خلال هذه القرارات .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 21- 5- 1991 ما يلي :

إنّ تحديد نفقات العدة ، والمتعة، والنفقة الغذائية للزوجة ،والمطلقة وأولادها المحضونين ، وحق الحاضنة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك [2] .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 18- 6- 1991 ما يلي :

من المستقر عليه قضاء أنّ تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، غير أنّهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل .

---

[1] - قرار رقم 123051 بتاريخ 25-7-1995 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1996 ، العدد الأول ، صفحة 113 .

[2] - قرار رقم 72602 بتاريخ 21-5-1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة ، الصادرة بتاريخ 1995 ، العدد47 ، صفحة 149 .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة ، والتعويض ، والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1] .

[1] - قرار رقم 75029 بتاريخ 18-6-1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1994، العدد الثاني ، صفحة 65 .

# المبحث الثالث : حكم الاجتهاد ومحله

## تمهيد

نبحث في هذا المبحث عن حكم الاجتهاد هل هو مطلوب طلبا عينيا فيلزم جميع المجتهدين في كل واقعة من البحث عن حكمها ، أم مطلوب طلبا كفائيا إذا قام به البعض سقط الإثم على البقية ، وهل كل نص يقبل الاجتهاد فيه أم لا ؟ هذا ما نجيب عنه في المبحث المقسم إلى مطلبين :

**المطلب الأول : حكم الاجتهاد**

**المطلب الثاني : محل الاجتهاد**

## المطلب الأول : حكم الاجتهاد

الأصل في الاجتهاد أنه واجب على كفائي عند تعدد المجتهدين ، فإذا قام به البعض برئت ذمة الجميع .

والأصل فيه قوله تعالى :﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ﴾ الأنبياء: 78،

ويكون الاجتهاد واجبا عينيا إذا لم يوجد غيره ، أو خيف فوات المسألة ، أو تعلق الاجتهاد به لعدم جواز تقليد غيره ، بل يجب عليه أن يعمل بما غلب على ظنه .

والمجتهد إذا أداه اجتهاده إلى الحكم في قضية باجتهاده ثم بدا له الرجوع عن ذلك الاجتهاد فلا ينقض حكم الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني ، إنما يمضي اجتهاده على ما وقع ، ويكون الاجتهاد الثاني هو المعتمد فيما سيقع ، لان كلا من الاجتهادين وقع بالنظر الراجح في نظر المجتهد ، وكان هو المتعين في وقته ، ودليله ما رواه ابن أبي شيبة عن ابن مبارك ، عن معمر ، عن سماك بن الفضل ، قال : سمعت وهبا يحدث ، عن الحكم بن مسعود ، قال : شهدت عمر أشرك الإخوة من الأب والأم مع الإخوة من الأم في الثلث ، فقال له رجل : قد قضيت في هذه عام الأول بغير هذا ، قال : وكيف قضيت ؟ قال : جعلته للإخوة للأم و لم تجعل للإخوة من الأب والأم شيئا ، فقال : ذلك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي [1].

وهذا حكم الاجتهاد بالنسبة للفقيه المفتي ، أما بالنسبة للقاضي فيتعين في حقه الاجتهاد ، لأنه لا يتسن له الحكم في الواقعة سواء أكان الحكم منصوص عليه أم لا ، وفي كيهما

---

[1] – أبو بكر ابن أبي شيبة ، مصنف ابن أبي شيبة ، تحقيق كمال يوسف الحوت ،مكتبة الرشد – الرياض الطبعة: الأولى، 1409 ،ج6 ص 247 .

يحتاج إل اجتهاد الأول في فهم النص لأن النصوص الغالب فيها أنها ليست من قبيل النص أو المفسر ، الاجتهاد التتريلي فيما لا نص فيه ، ولا يقبل منه أن يتخلى عن الحكم في الواقعة لعدم فهمه مراد المشرع ، بل له أن يؤجل النطق بالحكم إلى حين الوصول حكم في الواقعة .

## المطلب الثاني : محل الاجتهاد

سبق أن ذكرنا أن النصوص ليست على درجة واحدة من الوضوح فمنها ما هو من قبيل النص،أو الظاهر أو المجمل، فمحل الاجتهاد ما تعلق بالظاهر أو المجمل ،أما النص الواضح البين في دلالته فلا اجتهاد فيه،لذلك تقررت هذه القاعدة فقها و قانونا و قضاء أنه لا اجتهاد مع النص أي القطعي في دلالته ، فكل محاولة للتفسير أو الاجتهاد مع وجود النص هي من قبيل لي النصوص و إخراجها عن دلالتها و سياقها ، لأن الواضح ، والمفسر لا يفسر.

و مثال على ذلك ما جاء في المادة 69 :إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه،مع مراعاة مصلحة المحضون.

فالنص يدل صراحة على أن انتقال الحاضن بالمحضون في دائرة الدولة ، أو الوطن لا يسقط حقه فيها،لأنه قيده بالبلد الأجنبي،فكل اجتهاد في تحديد مسافة إذا تجاوزها الحاضن في دائرة الدولة مسقط لحقه فيها هو اجتهاد مصادم للنص ، و لا عبرة به كما جاء في القرار رقم 43594 بتاريخ 22.09.1986

من المستقر عليه فقها و قضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برد ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ومن كان من الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة و ولي المحضونين تزيد عن ألف كيلومتر فإن قضاء المجلس بإسنادهم حضانة الأولاد إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

---

[1] - قرار رقم 43594 بتاريخ 22.09.1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1992، العدد الرابع ، صفحة 41 .

فهذا الاجتهاد القضائي يناقض صريح القانون الذي دل بمفهوم المخالفة على ثبوت الحضانة للأم أو لغيرها مهما بعدت المسافة مادامت في حدود الدولة ، و لم تخرج إلى بلد أجنبي ، و لا يقال إن الأخذ بأقوال الفقهاء في المسألة من باب تطبيق المادة 222،لأن المادة 222 تنص على الرجوع إلى أحكام الشريعة فيما لم ينص عليه القانون صراحة ،أما ما نص عليه صراحة كما هو الحال هنا ،فلا يصح الرجوع لما فيه من نقض لإرادة المشرع و خروج عن دائرة الاجتهاد و محله.


الفصل الثاني : المقاصد الشرعية

## تمهيد

تعد المقاصد من أهم علوم الشريعة على الإطلاق ، لأنها تعنى بفهم مقصود الشارع من الخطاب المعين على تتزيل النص على واقعته ، أو الاستنباط منه خاصة في زمن المستجدات التي لا نجد لها ما يشابهها في فقه السابقين للقياس عليها، لذا اشترط كل من الشاطبي وابن عاشور في المجتهد أن يكون على دراية واسعة بمقاصد التشريع العامة أو الخاصة ليتسنى له الاجتهاد بناء على فهمه ،وهذا ما نوضحه في هذا الفصل الذي قسمته إلى المباحث التالية

**المبحث الأول : مفهوم المقاصد**

**المبحث الثاني : نشأة المقاصد**

**المبحث الثالث : تعليل الأحكام**

**المبحث الرابع : تقسيمات المقاصد**

# المبحث الأول : مفهوم المقاصد

## تمهيد

المقاصد الشرعية هي أسرار وغايات التنزيل على الناس ، بها تدرك الإمامة في الدين ، وهي لا تدرك إلا بفهم يؤتاه الرجل في كتاب الله ، أو سنة رسوله الكريم لذا كان من دعاء النبي صلى الله عليه وسلم لابن عباس اللهم فقه في الدين وعلمه التأويل ، رو ى الإمام أحمد عن سعيد بن جبير عن بن عباس : أن رسول الله صلى الله عليه و سلم كان في بيت ميمونة فوضعت له وضوءا من الليل قال فقالت ميمونة يا رسول الله وضع لك هذا عبد الله بن عباس فقال : اللهم فقه في الدين وعلمه التأويل[1] ، والفقه في الدين يعني الفهم الدقيق ، ولا يتأتى الفهم إلا بفهم أسراره وغايات تنزلاته ، وهو ماسنبينه في هذا المبحث الذي قسمته إلى مطلبين :

### المطلب الأول : تعريف المقاصد

### المطلب الثاني : أهمية المقاصد

---

[1] - أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، مؤسسة قرطبة – القاهرة ،الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها ، ج1ص328.قال شعيب الأرنؤوط : إسناده قوي على شرط مسلم .

## المطلب الأول : تعريف المقاصد

**الفرع الأول :المقاصد لغة استقامة الطريق** قصد يقصد قصدا فهو قاصد قَالَ تَعَالَىٰ:

﴿ وَعَلَى ٱللَّهِ قَصْدُ ٱلسَّبِيلِ وَمِنْهَا جَآئِرٌۚ وَلَوْ شَآءَ لَهَدَىٰكُمْ أَجْمَعِينَ ﴾ النحل: 9

أي على الله يتبين الطريق المستقيم ، و الدعاء إليه بالحجج و البراهين الواضحة،و منها جائر أي طريق غير قاصد...

**العدل** و على الحكم المأتي يوما إذا قضى قضيته أن لا يجور و يقصد أي يعدل.

**الوسط بين الطرفين** : و في الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه قال

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لن ينجي أحدا منكم عمله قالوا ولا أنت يا رسول الله قال ولا أنا إلا أن يتغمدني الله برحمة سددوا وقاربوا واغدوا وروحوا وشيء من الدلجة والقصد القصد تبلغوا "[1] أي عليكم بالقصد من الأمور في القول أو الفعل .

**إتيان الشيء** تقول قصدته و قصدت له و قصدت إليه أي نحا نحوه .

**القصد في الشيء خلاف الإفراط** و هو ما بين الإسراف و التقتير و القصد في المعيشة أن لا يسرف و لا يقتّر قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَٱقْصِدْ فِى مَشْيِكَ وَٱغْضُضْ مِن صَوْتِكَۚ إِنَّ أَنكَرَ ٱلْأَصْوَٰتِ لَصَوْتُ ٱلْحَمِيرِ ﴿١٩﴾ ﴾ لقمان: 19.

و **القصيد** جمع القصيدة من الشعر مثل تسعين و تسعة .

و**القاصد** القريب يقال بيننا و بين الماء ليلة قاصدة أي هينة السير لا تعب فيها ولا بطء.[2]

**الفرع الثاني :المقاصد اصطلاحا:**

لم يتعرض القدامى لتعريف المقاصد حتى الإمام الشاطبي الذي أفرد مؤلفه لذلك و السبب كما قال الدكتور الريسوني أنّ الشاطبي كما صرح أفرد كتابه للعلماء و الراسخين في

---

[1] – محمد إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير ، اليمامة – بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1407 – 1987 ، باب القصد والمداومة على العمل ،ج5ص2373 .

[2] – ابن منظور ، مرجع سابق ج3ص353، الرازي ، مرجع سابق ج1ص560 .

علوم الشريعة و قد نبّه على ذلك صراحة بقوله "و لا يسمح لناظر في هذا الكتاب أن ينظر فيه نظرا مفيد أو مستفيد،حتى يكون ريان من علم الشريعة أصولها و فروعها،منقولها و معقولها ، غير مخلد إلى التقليد و التعصيب للمذهب"[1] .

و لكن بالرجوع إلى المعاصرين نجد جملة من التعريفات نجملها فيما يلي :

عرّفها إمام المعاصرين في المقاصد ابن عاشور بتعريفين أحدهما التعريف العام للمقاصد و الثاني الخاص .

**التعريف الأول**:هي المعاني و الحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة،فيدخل في هذا أوصاف الشريعة و غاياتها العامة،و المعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها،و يدخل في هذا أيضا معاني من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام،و لكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها [2].

**التعريف الثاني**:المقاصد الشرعية الخاصة:هي الكيفيات المقصودة للشارع لتخفيف مقاصد الناس النافعة ،أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة،كي لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصة بإبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة...و يدخل في ذلك كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس ، مثل قصد التوثق في عقد الرهن، و إقامة نظام المترل و العائلة في عقدة النكاح،و دفع ضرر المستدام في مشروعية الطلاق [3].

**و عرّف علال الفاسي المقاصد** بقوله:المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها [4].

---

[1] – الشاطبي ، مرجع سابق ، ص50، 51 .

[2] – محمد الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، دار السلام ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الثانية ، ص49 .

[3] – محمد الطاهر بن عاشور ، مرجع سابق ، ص142 .

[4] – علال الفاسي ، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الخامسة ، ص7 .

و عرّفها الدكتور وهبة الزحيلي:هي المعاني و الأهداف الملحوظة في جميع أحكامه ، أو معظمها أو هي الغاية من الشريعة و الأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها [1].

يلاحظ أنّها تعريفات متقاربة و هي أنّ المقاصد عبارة عن حكم و أسرار شرعت بسببها الأحكام،وإن كان الإمام ابن عاشور قسّم المقاصد إلى مقاصد عامة و خاصة و أعطى لكل منها تعريفا فإنّ كلاّ من علال الفاسي و الزحيلي جمعا بينهما في تعريف واحد موجز،و هي أنّ المقاصد العامة هي التي تراعى في جميع أحكام الشريعة و هي موجودة في جميع الملل و النحل كالمحافظة على الكليات الخمس .

و أمّا المقاصد الخاصة فهي التي تعلل بها بعض أحكام الشريعة كأسرار العبادات و المعاملات و الأنكحة ، كما خصص ابن عاشور القسم الثالث من كتابه للحديث عن المقاصد الخاصة و قسمها إلى مقاصد أحكام العائلة،مقاصد التصرفات المالية، مقاصد الشريعة في المعاملات المنعقدة على عمل الأبدان، و مقاصد أحكام التبرعات،و مقاصد أحكام القضاء و الشهادة،و مقاصد التعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها،المقصد من العقوبات.

---

[1] – د–وهبة مصطفى الزحيلي ، أصول الفقه ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأول ، ج2ص1017 .

## المطلب الثاني : أهمية المقاصد:

للمقاصد أهمية بالغة في الشريعة وتكمن هذه الأهمية في الآتي :

1-فهم قصد الشارع في وضع الشريعة و أنّها للتكليف بها،و التكليف ليس للإعنات و إنّما لما تحققه من مصالح في الدارين،قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ٦ ﴾ المائدة: 6، و التكليف على حسب القدرة على المكلف به،فما لا قدرة للمكلف عليه لا يصح التكليف به شرعا،و إن جاز عقلا،و بناء عليه نصّ الشاطبي على عدم جواز قصد المكلف للمشقة نظرا لأجرها لمخالفة ذلك لمقاصد الشارع من وضع الشريعة،و أنّه لا يقصد بالتكليف نفس المشقة[1] قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا۟ ٱلْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا۟ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾ البقرة: 185 .

روى مالك عن حميد بن قيس وثور بن زيد الديلي انهما أخبراه عن رسول الله صلى الله عليه و سلم وأحدهما يزيد في الحديث على صاحبه :أن رسول الله صلى الله عليه و سلم رأى رجلا قائما في الشمس فقال ما بال هذا فقالوا نذر أن لا يتكلم ولا يستظل من الشمس ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " مروه فليتكلم وليستظل وليجلس وليتم صيامه " ، قال مالك و لم أسمع أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أمره بكفارة وقد أمره رسول الله صلى الله عليه و سلم أن يتم ما كان لله طاعة ويترك ما كان لله معصية "[2] .

[1] – الشاطبي ، مرجع سابق، ص264،277 .

[2] – مالك ، موطأ الامام مالك ، تحقيق فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، مصر، باب ما لا يجوز من النذور في معصية الله ج 2 ص 475 ، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، صحيح ابن حبان ،

وله أن يقصد العمل الذي يعظم أجره لعظم مشقته من حيث هو عمل ، والمشقة مرفوعة عن المكلف لوجهين :

**أحدهما** : الخوف من الانقطاع من الطريق وبغض العبادة وكراهة التكليف[1] لذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصد في الطاعة في أحاديث كثيرة منها ما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها أنّها قالت كان لرسول الله صلى الله عليه وسلّم حصير وكان يحجره من الليل فيصلّي فيه فجعل الناس يصلون بصلاته ، ويبسطه بالنهار فثابوا ذات ليلة فقال : ( يا أيها الناس عليكم من الأعمال ما تطيقون فإنّ الله لا يملّ حتّى تملّوا ، و إنّ أحب الأعمال إلى الله ما دووم عليه وإن قلّ) و كان آل محمد صلّى الله عليه و سلّم إذا عملوا عملا أثبتوه "[2] .

و ما رواه البخاري و مسلم عن أنس قال دخل رسول الله صلّى الله عليه و سلّم المسجد و حبل ممدود بين ساريتين فقال ما هذا، قالوا زينب تصلي فإذا كسلت أو فترت أمسكت به فقال : ( حلّوه ليصلّ أحدكم نشاطه فإذا كسل أو فتر قعد ) و في رواية البخاري فليقعد " [3] .

**الثاني:** خوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد المختلفة الأنواع مثل قيامه على أهله و ولده،فربما كان التوغل في بعض الأعمال شاغلا عن غيرها و خاصة حقوق الغير التي تتعلق به [4]، لذا وجب على المسلم توزيع الواجبات حسب الأوقات فكانت بذلك

---

تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة – بيروت الطبعة الثانية ، 1414 – 1993، باب ذكر الأمر بوفاء نذر الناذر إذا نذر ما لله فيه طاعة ،ج10ص230 . قال شعيب الأرنؤوط : إسناده صحيح .

[1] – الشاطبي ، مرجع سابق ، ص281 .

[2] – مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي – بيروت ، باب فضيلة العمل الدائم من قيام الليل وغيره ، ج1ص540 .

[3] – مسلم ، باب أمر من نعس في صلاته أو استعجم عليه القرآن أو الذكر بأن يرقد أو يقعد حتى يذهب عنه ذلك مرجع سابق ، ج1ص541 ، البخاري، ما يكره من التشديد في العبادة مرجع سابق ، ج1ص386 .

[4] – الشاطبي ، مرجع سابق ، ص281،287 .

أفضل العبادات ما تعلق بها واجب الوقت كما قال ابن القيّم في المدارج،فليس الكمال في الإنسان التوغل في جانب دون آخر لأنّه يؤدي إلى تفريط و إضاعة،و إنّما الكمال كما قال النبي صلى الله عليه و سلّم"أعطي كل ذي حق حقه"كما رواه عنه البخاري و مسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص،رضي الله عنهما قال لي رسول الله صلى الله عليه و سلّم"يا عبد الله ألم أخبر أنّك تصوم النهار و تقوم الليل فقلت بلى يا رسول الله،قال فلا تفعل صم و أفطر و قم ونم،فإنّ لجسدك عليك حقا،و إنّ لعينك عليك حقا و إنّ لزوجك عليك حقا،وإنّ لزورك عليك حقا،و إنّ بحسبك أن تصوم كل شهر ثلاثة أيام فإنّ بكل حسنة عشر أمثالها،فإنّ ذلك صيام الدهر كلّه فشددت فشدد عليّ قلت يا رسول الله،إنّي أجد قوة قال فصم صيام نبي داوود عليه السلام ، و لا تزد عليه قلت ، و ما كان صيام نبي الله داوود عليه السلام قال نصف الدهر، فكان عبد الله يقول بعدما كبر ياليتني قبلت رخصة النبي صلى الله عليه و سلّم " [1] .

وماروواه البخاري عن عون بن أبي جحيفة ، عن أبيه ، قال آخى النبي صلى الله عليه وسلم بين سلمان وأبي الدرداء فزار سلمان أبا الدرداء فرأى أم الدرداء متبذلة فقال لها ما شأنك قالت أخوك أبو الدرداء ليس له حاجة في الدنيا فجاء أبو الدرداء فصنع له طعاما فقال كل قال فإني صائم قال ما أنا بآكل حتى تأكل قال فأكل فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء يقوم قال نم فنام ثم ذهب يقوم فقال نم فلما كان من آخر الليل قال سلمان قم الآن فصليا فقال له سلمان إن لربك عليك حقا ولنفسك عليك حقا ولأهلك عليك حقا فأعط كل ذي حق حقه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال النبي صلى الله عليه وسلم صدق سلمان [2].

---

[1] – البخاري ، باب حق الجسم في الصوم،مرجع سابق ، ج2ص697، مسلم ، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقا ، مرجع سابق ، ج2ص812 .

[2] – البخاري ، باب من أقسم على أخيه ليفطر في التطوع و لم ير عليه قضاء إذا كان أوفق له ، مرجع سابق ، ج2ص694 .

2-**في مجال الاجتهاد** لذا اشترط الإمام الشاطبي في المجتهد الشرطين:

أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها

الثاني: التمكن من الاستنباط بناءا على فهمه فيها.

و هو ما أكده الإمام ابن عاشور في مبحث حاجة الفقيه إلى معرفة مقاصد الشريعة.

فالاجتهاد كما قرر الشاطبي سابقا يدور حول محورين.أحدهما:الاجتهاد في استنباط الأحكام ، و الثاني:الاجتهاد في تطبيق الأحكام أو تتريلها على الوقائع،و في كليهما يحتاج الأمر إلى فهم دقيق لمقاصد التشريع.

**المحور الأول:**الاجتهاد في استنباط الأحكام،و خاصة خارج دائرة النص المرتكز الأساسي فيه فهم المقاصد ،و الأمثلة على ذلك كثيرة منها:

**المثال الأول:** القياس و ركنه الأهم العلة و هي تطلق على معنيين:

**الأول:** الحكمة الباعثة على تشريع الحكم من تحصيل مصلحة يراد تحققها أو دفع مفسدة ينبغي تجنبها مثل:حفظ العقول المترتب على تحريم الخمر و وجوب الحد بشربه.

**الثاني:** الوصف الظاهر المنضبط الذي يناسب الحكم بتحقيق مصلحة الناس إمّا بجلب النفع لهم أو دفع الشر عنهم.

و نظرا لخفاء الحكمة أو لعدم ضبطها منع الأصوليون التعليل بالحكمة و اشترطوا في العلة المناسبة،أي الملائمة بين الوصف و الحكم بحيث يترتب على تشريع الحكم عنده تحقيق مصلحة مقصودة للشارع من جلب منفعة للناس أو دفع مفسدة.

قال الإمام الغزالي: و جميع أنواع المناسبات ترجع إلى رعاية المقاصد،و ما انفك عن رعاية أمر مقصود،فليس مناسبا،و ما أشار إلى أمر مقصود فهو مناسب .

قال الإمام ابن عاشور :القياس يعتمد إثبات العلل ، وإثبات العلل قد يحتاج إلى معرفة مقاصد الشريعة كما في المناسبة- أي تخريج المناط – وكما في تنقيح المناط ، وإلغاء

الفارق الا ترى أنهم لما اشترطوا أن العلة تكون ضابطا لحكمه كانوا قد أحالوا على استقراء وجوه الحكم الشرعية التي هي المقاصد[1] .

**المثال الثاني: الاستحسان**

عرفه أبو الحسن الكرخي بقوله: هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي، أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل انقدح في عقله رجَّح لديه هذا العدول[2].

و عرّفه عبد الوهاب خلاف بأنّه عدول المجتهد عن مقتضي قياس جلي إلى مقتضي قياس خفي ، أو حكم كليّ إلى حكم استثنائيّ لدليل انقدح في عقله رجح لديه هذا العدول[3]

وينقسم الاستحسان بحسب دليله إلى أربعة أقسام :

1-**الاستحسان بالنص:** و معناه أن يرد نص في مسألة يتضمن حكما بخلاف الحكم الكلي الثابت بالدليل العام .

مثال ذلك السلم فالأصل فيه عدم الجواز لما فيه من بيع المعدوم و رخص النبي صلى الله عليه و سلم فيه لما قدم المدينة لحاجة الناس إليه فقد روى الإمام الترمذي عن ابن عباس قال : قدم رسول الله صلى الله عليه و سلم المدينة وهم يسلفون في الثمر فقال : ( من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم )[4] .

2-**الاستحسان بالاجماع:** أن يتفق المجتهدون في مسألة على خلاف الأصل في أمثالها مثل: إجماع العلماء على جواز عقد الاستصناع فمقتضى القياس بطلانه لأن المعقود عليه معدوم

---

1 - ابن عاشور ، مرجع سابق ، ص15 .

2 - محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، مرجع سابق ، ج6ص169 .

3 - عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثامنة ، ص79 .

4 - محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ، الجامع الصحيح سنن الترمذي ، دار إحياء التراث العربي – بيروت ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون ، ج3 ص602 ، قال أبو عيسى حديث ابن عباس حديث حسن صحيح.

وقت العقد، أجيز لتعامل الناس به في كل زمان و مكان من غير تنكير فكان هذا إجماعا يترك به القياس مراعاة لحاجة الناس إليه و دفع الحرج عنهم .

قال الإمام السرخسي : وأما ترك القياس بدليل الإجماع فنحو الاستصناع فيما فيه للناس تعامل، فإن القياس يأبى جوازه، تركنا القياس للإجماع على التعامل به فيما بين الناس من من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا [1] .

3-**الاستحسان بالعادة أو العرف:** مثاله إجارة الحمام بأجرة معينة دون تحديد مقدار الماء المستعمل و مدة الإقامة،فإنّ مقتضى القياس يقتضي بطلانه،لأنّ عقد الإجارة يشترط فيه العلم بالمعقود عليه علما يمنع المنازعة،فلا يصح العقد على مجهول،و الجهالة مفسدة للعقد و لكن الاستحسان يقضي بخلاف ذلك اعتمادا على العرف الجاري [2].

4-**الاستحسان بالضرورة:** و هو أن توجد صورة تحمل المجتهد على ترك القياس ، و الأخذ بمقتضى الضرورة أو الحاجة مثل تطهير الآبار و الحياض بعدما نجست فإنّ القياس يأبى جوازه،لأنّ ما يرد عليه النجاسة يتنجس بملاقاته ترك للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس ، فإنّ الحرج مدفوع بالنص، و في موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ فيه بالقياس فكان متروكا بالنص [3].

5-**استحسان القياس الخفي:** و هو أن يترك المجتهد القياس لدليل آخر أقوى منه، مثال أنّ المرأة عورة من قمة رأسها إلى قدميها ثمّ أبيح النظر إلى بعض المواضع للحاجة كرؤية الطبيب،و إن هذا معارضة بين قياسين أحدهما ما قررته القواعد العامة من أنّ المرأة عورة

[1] - أبو بكر محمد بن احمد بن ابى سهل السرخسى ، أصول السرخسي ، دار الكتاب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الاولى 1414 هـــ- 1993 م ، ج2ص 203 .

[2] - د- وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ج1 ص292 .

[3] - أبوبكر السرخسي ، مرجع سابق ، ج2ص203 .

لأنّ النظر إليها يؤدي إلى الفتنة،و الوصف الثاني ما عساه أن يؤدي إلى المشقة في بعض الأحوال كحال العلاج فأعلمت علة التيسير هنا في هذا الموضع [1].

فالاستحسان إذا كان المراد منه العدول عن القياس الجلي إلى الخفي فهو نوع من القياس لأنّه لا يعدو أن يكون ترجيح أحد القياسين ، و قد سبق بيان ارتباط المقاصد بالقياس في المثال السابق .

و إذا كان الاستحسان المراد به العدول بالمسألة عن نظائرها لدليل فهو استثناء من القياس الذي يؤدي التزامه إلى الحرج و الضيق و المشقة ، فهو بهذا الاعتبار يرجع إلى رعاية مقاصد الشريعة بل هو تحر للمصلحة،لأنّ الاستثناء ما جاء إلا لرفع الحرج الذي هو من أهم مقاصد الشريعة ، أو لتحقيق مصلحة مقصودة شرعا ، أو دفع مفسدة مقصود دفعها شرعا.

**قال العز بن عبد السلام:** اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة تربى على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السعي في درء مفاسد في الدارين أو في أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربى على تلك المفاسد، وكل ذلك رحمة بعباده ونظر لهم ورفق، ويعبر عن ذلك كله بما خالف القياس، وذلك جار في العبادات والمعاوضات وسائر التصدقات[2].

**المثال الثالث : المصالح المرسلة:** هي كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد الاعتبار أو الإلغاء.

فإن كان لها شاهد بالاعتبار مثل الأحكام الموضوعة للمحافظة على مقاصد الشرع الكلية كحفظ الدين ،و النفس ،و العقل ،و النسل أو العرض، و المال سميت بالمصالح المعتبرة.

---

[1] – محمد أبوزهرة ، مرجع سابق ، ص265 .

[2] ـ أبو محمد عز الدين ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى ، 1999م ، ج2ص106 .

و إذا كان لها شاهد بالإلغاء كأن وضع الشارع أحكاما تدل على عدم الاعتداد به سميت بالمصالح الملغاة كالتعامل بالربا ،وقتل المريض اليائس من الشفاء نفسه فإن هذا مصادم لمقاصد التشريع و اشترط في الأخذ بها الشروط التالية:

1-أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع بحيث لا تنافي أصلا من أصوله أو تعارض نصا من نصوصه.

2-أن تكون معقولة في ذاتها،جرت على الأوصاف المناسبة المعقولة التي يتقبلها العاقل، بحيث يكون مقطوعا من ترتب المصلحة على الحكم ، و ليس مضمونا و لا متوهما.

3-أن تكون المصلحة التي يوضع الحكم بسببها عامة للناس و ليس لمصلحة خاصة [1].

فأول شرط من شروط اعتبارها ملائمتها لمقاصد الشارع ، فلا يصح اعتبار مطلق المصلحة ما لم تكن مندرجة تحت مقاصد الشريعة بجلب مصلحة و دفع مفسدة .

**قال الإمام ابن القيم:** الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها [2].

و **قال العز بن عبد السلام:** ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه

---

[1] - د- وهبة الزحيلي ، أصول الفقه ، المطبوعات الجامعية ، جامعة دمشق ، ج1ص349-350.

[2] - محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن القيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، دار الجيل - بيروت ،لبنان ، 1973، ، ج3ص3 .

المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك[1] .

**4-سد الذرائع:** هي ما يتوصل به إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة [2].

فالأخذ بمبدأ سد الذرائع حماية لمقاصد الشريعة و توثيقها للأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح و درء المفاسد .

قال الإمام ابن القيم: فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي اليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه ، وتثبيتا له ، ومنعا أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل ، والذرائع المفضية اليه لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبي ذلك كل الإباء ...... ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية الى المحارم بأن حرمها ونهى عنها[3] .

فسد الذرائع تحقيق لأعظم مقاصد الشريعة،يمنع الفساد ، ولذا أبطلت الحيل في الشريعة المناقضة لمقاصد التكليف، فأفرد الإمام الشاطبي مسائل للحديث عن الحيل و أنّها مفوتة للمصالح ، لأنّ الأحكام شرعت لمصالح العباد،فالظاهر إذا كان موافقا ، و المصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح،و غير مشروع،لأنّ الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها،و إنّما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، و هي المصالح التي شرّعت لأجلها [4].

و كذلك فعل ابن القيّم في أعلام الموقعين في إفراد فصل في تحريم الحيل ، و التدليل على ذلك فقال: وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة ، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن ، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل الحيلة في التوصل اليه[5] .

---

[1] – ابن عبد السلام ، مرجع سابق ، ج2ص123 .

[2] – د- وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ج1ص423 .

[3] – ابن القيم ،إعلام الموقعين ، مرجع سابق ، ج3ص135 .

[4] – الشاطبي ، مرجع سابق ، ص437 .

[5] – ابن القيم ،إعلام الموقعين ، مرجع سابق ، ج3ص159 .

و في هذا جاءت الآيات و الأحاديث محذرة من التحيل قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرۡهٗاۖ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا ﴾ النساء: 19.

و ما رواه مسلم عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله –صلى الله عليه وسلم– يقول عام الفتح وهو بمكة « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام »، فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ، ويدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس فقال « لا هو حرام »، ثم قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم– عند ذلك " قاتل الله اليهود إن الله عز وجل لما حرم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه " [1].

و كما أنّ هناك ذرائع يجب سدها،هناك ذرائع يجب فتحها كما قال الإمام القرافي:"اعلم أنّ الذريعة يجب سدها يجب فتحها و يكره،و يندب،و يباح فإنّ الذريعة هي الوسائل فكما أنّ وسيلة المحرمة محرمة،و وسيلة الواجب واجبة كالمشي إلى الجمعة و الحج [2].

و قال ابن القيّم: لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب ، وطرق تفضى إليها كانت طرقها، وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها ،والمنع منا بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها ، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات ، وهي مقصودة قصد الوسائل فإذا حرم الرب تعالى

---

[1] – البخاري ، باب بيع الميتة والأصنام ، مرجع سابق ،ج2ص779، مسلم ، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، مرجع سابق ، ج3ص1207 .

[2] – شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ،تحقيق : محمد حجي ، دار الغرب، بيروت ، لبنان ،1994م ج1ص153 .

شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ، ويمنع منها تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له ومنعا أن يقرب حماه [1].

**المحور الثاني:** إذا كان المجتهد يحتاج في بناء الأحكام من النصوص أو خارجها إلى فهم مقاصد الشريعة حتى لا تكون الأحكام الجزئية معارضة للقواعد الكليّة،فإنّ حاجته إلى ذلك في تتريل الحكم أو إسقاطه على الوقائع المستجدة أشد.

لأنّ دور المجتهد لا يقتصر على تتريل الأحكام فحسب ، بل النظر في مدى ملائمة الأحكام للوقائع،و عدم ترتب مفاسد عند التطبيق،لأنّ ذلك يصادم مقصد الشارع من تكليف الأحكام لذلك قرّر الأصوليون أنّ النظر في مآلات الأفعال معتبر شرعا .

**قال الشاطبي:** المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام،أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه الفعل مشروعا لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدرأ،و قد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه ، أو مصلحة تندفع به [2].

و يشهد لصحة اعتبار النظر في مآلات التطبيق ، وهو ما يسمى بتحقيق المناط استقراء أدلة الأحكام الشرعية .

و الأدلة على ذلك عديدة : قوله تعالى: قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمۡ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِم مَّرۡجِعُهُمۡ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُوا۟ يَعۡمَلُونَ ﴾ الأنعام: 108.

فسب الأوثان سبب في تخذيل المشركين ، وتوهين أمر الشرك وإذلال أهله، ولكن لما وجد له مآل آخر مراعاته أرجح –وهو سبهم الله تعالى– نهى عن هذا العمل المؤدي إليه مع كونه سبباً في مصلحة ومأذوناً لولا هذا المآل.

ماواه البخاري ومسلم عن عائشة زوج النبي –صلى الله عليه وسلم– أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قال : « ألم ترى أن قومك حين بنوا الكعبة اقتصروا عن قواعد

---

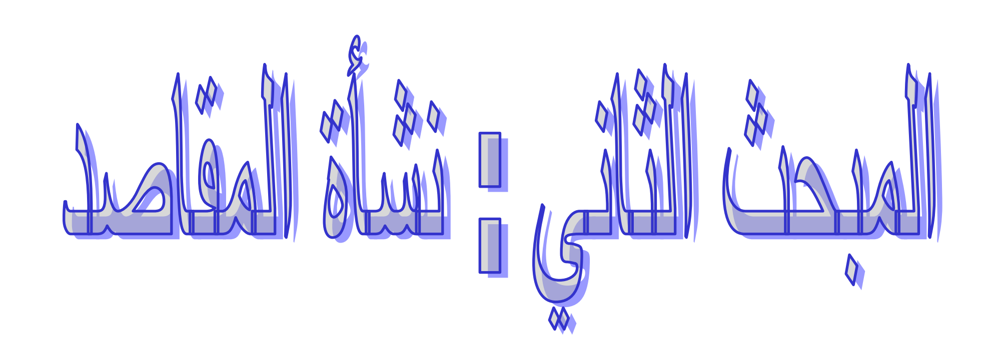
[1] – ابن القيم ، إعلام الموقعين ، مرجع سابق ، ج3ص135 .
[2] – الشاطبي ، مرجع سابق ، ص773 .

إبراهيم »، قالت : فقلت يا رسول الله أفلا تردها على قواعد إبراهيم:فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم– : " لولا حدثان قومك بالكفر لفعلت "[1] ؛ وذلك لخوفه صلى الله عليه وسلم مما قد يؤول إليه الأمر من مفسدة أعظم، وهي تنكر قلوب العرب لذلك الصنيع، ومن ثم مجافاتهم لهذا النبي لاعتقادهم أنه هادم للمقدسات ومغير لمعالمها .

ومارواه مسلم عن إسحاق بن أبي طلحة حدثني أنس بن مالك – وهو عم إسحاق – قال بينما نحن فى المسجد مع رسول الله –صلى الله عليه وسلم– إذ جاء أعرابي فقام يبول فى المسجد فقال أصحاب رسول الله –صلى الله عليه وسلم– مه مه، قال قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم– : « لا تزرموه دعوه »، فتركوه حتى بال، ثم إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم– دعاه فقال له :" إن هذه المساجد لا تصلح لشىء من هذا البول ، ولا القذر إنما هى لذكر الله عز وجل، والصلاة وقراءة القرآن "[2] قوله صلى الله عليه وسلم لأصحابه لما أرادوا أن ينهروا الأعرابي الذي كان يبول في المسجد: «لا تُزْرِمُوهُ»، أي لا توقفوه، فإذا كانت مفسدة بول الأعرابي الواقعة محدودة في تنجيس جزء من حرم المسجد، فإن إيقافه سيؤدي إلى مفسدة أكبر كتوسع الأماكن التي سينجسها فضلاً عن جسمه وثيابه، وربما ترتب على ذلك ضرر صحي بالغ .

[1] – البخاري ، باب فضل مكة وبنيانها ، مرجع سابق ، ج2ص573 ، مسلم ، باب نقض الكعبة وبنائها ،مرجع سابق ، ج2ص968 .

[2] – مسلم ، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذ حصلت في المسجد ، مرجع سابق، ج1ص263 .


المبحث الثاني : نشأة المقاصد

## تمهيد

المقاصد كعلم مستقل بذاته أو هو تابع إلى علم أصول الفقه لم يكن مدونا كسائر العلوم في العصور الأولى ، وإن كانت قواعده مركوزة في أذهان المجتهدين من الصحابة والتابعين وغيرهم ، ثم دفعت الحاجة إلى التدوين كسائر العلوم كعلم النحو والفقه والحديث وعلم الرجال وغير وهذا التدوين لم يأتي طفرة واحدة وإنما مر بمراحل وهذا ما سنبينه في هذا المبحث المقسم إلى المطالب التالية :

**المطلب الأول : المقاصد في زمن التتريل**

**المطلب الثاني : المقاصد في زمن الصحابة والتابعين**

**المطلب الثالث : المقاصد في زمن االأئمة و المجتهدين**

## المطلب الأول : المقاصد في زمن التنزيل

إذا كان علم المقاصد يعني البحث عن أسرار ، و غايات التشريع فإنّ نشأته مع نشأة الشريعة الإسلامية لذا نجد القرآن الكريم يثبت في كثير من الآيات بأن الشريعة ما نزلت إلا لمصالح العباد في الدارين قال تعالى:﴿ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾ المائدة: 6

﴿ ٱتْلُ مَآ أُوحِىَ إِلَيْكَ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ ۖ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ ۗ وَلَذِكْرُ ٱللَّهِ أَكْبَرُ ۗ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَصْنَعُونَ ﴾ العنكبوت: 45،

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ البقرة: 183 ، ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ ۖ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ ۗ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿١٠٣﴾ ﴾ التوبة: 103، ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ البقرة: 179 ، ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ۚ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ﴾ الحشر: 7 .

مجمل الآيات تدل على أن الأحكام التي احتوت النصوص معللة حيث نجد آية الصلاة تنص على علة امتثالها ، وهي العصمة من الوقوع في المخالافات الشرعية ، وآية الصيام حصول التقوى ، وآية القصاص أن تطبيق العقوبة هي وحدها تضع حدا للقتل في المجتمع

وآية الفيء حتى لا يكون المال محتكرا على طبقة الأغنياء دون الفقراء ، فيصير المجتمع طبقات .

و هو ما أكده النبي صلى الله عليه و سلم في أحاديث كثيرة منها:

ما رواه البخاري عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه فسددوا ، وقاربوا ، وأبشروا ، واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة " [1].

وما رواه عنه البخاري و مسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص،رضي الله عنهما قال لي رسول الله صلى الله عليه و سلّم"يا عبد الله ألم أخبر أنّك تصوم النهار و تقوم الليل فقلت بلى يا رسول الله،قال فلا تفعل صم و أفطر و قم ونم،فإنّ لجسدك عليك حقا،و إنّ لعينك عليك حقا و إنّ لزوجك عليك حقا،وإنّ لزورك عليك حقا،و إنّ بحسبك أن تصوم كل شهر ثلاثة أيام فإنّ بكل حسنة عشر أمثالها،فإنّ ذلك صيام الدهر كلّه فشددت فشدد عليّ قلت يا رسول الله،إنّي أجد قوة قال فصم صيام نبي داوود عليه السلام ، و لا تزد عليه قلت ، و ما كان صيام نبي الله داوود عليه السلام قال نصف الدهر، فكان عبد الله يقول بعدما كبر ياليتني قبلت رخصة النبي صلى الله عليه و سلّم " [2] .

ما رواه مالك عن عمر بن يحي المازني عن أبيه أنّ رسول الله صلى الله عليه و سلّم قال: " لا ضرر و لا ضرار " [3].

---

[1] – البخاري ، باب الدين يسر ، مرجع سابق، ج1ص23 .

[2] – سبق تخريجه ص59 .

[3] – مالك ، مرجع سابق ، ج2ص745 ، قال الحاكم في المستدرك صحيح الإسناد على شرط مسلم و لم يخرجاه، وعلق الذهبي قي التلخيص : على شرط مسلم ، محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري ، المستدرك على الصحيحين ، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة الأولى ، 1411 – 1990 ، مع الكتاب : تعليقات الذهبي في التلخيص ،ج2ص66.

ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله أن معاذ بن جبل رضي الله عنه كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يأتي قومه فيصلي بهم الصلاة فقرأ بهم البقرة قال : فتجوز رجل فصلى صلاة خفيفة فبلغ ذلك معاذا فقال إنه منافق فبلغ ذلك الرجل فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إنا قوم نعمل بأيدينا ونسقي بنواضحنا ، وإن معاذا صلى بنا البارحة فقرأ البقرة فتجوزت فزعم أني منافق فقال النبي صلى الله عليه وسلم :يا معاذ أفتان أنت – ثلاثا – اقرأ {والشمس وضحاها} ، و{سبح اسم ربك الأعلى} ونحوها[1] .

وما رواه مسلم عن أبي هريرة قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال: يا أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا فقال رجل أكل عام يا رسول الله فسكت حتى قالها ثلاثا فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم:لو قلت نعم لوجبت و لما استطعتم ثم قال: ذروني ما تركتم عليه فإنما أهلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم ، و اختلافهم على أنبيائهم فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم ، و إذا نهيتكم عن شيء فدعوه [2].

وما رواه عن أبى هريرة قال نهى رسول الله –صلى الله عليه وسلم– أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها أو أن تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفئ ما فى صحفتها فإن الله عز وجل رازقها [3].

وما رواه مالك عن عن صفوان بن سليم عن عطاء بن يسار :أن رسول الله صلى الله عليه و سلم سأله رجل فقال يا رسول الله أستأذن على أمي فقال نعم قال الرجل إني معها في البيت فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم استأذن عليها فقال الرجل إني خادمها فقال له رسول الله صلى الله عليه و سلم استأذن عليها أتحب أن تراها عريانة قال لا قال : " استأذن عليها " [4]

---

[1] - البخاري ، باب من لم ير إكفار من قال ذلك متأولا أو جاهلا ، مرجع سابق ، ج5ص 2264 .

[2] – مسلم ، باب فرض الحج مرة في العمر ، مرجع سابق ، ج2ص975 .

[3] - مسلم ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح ،مرجع سابق ، ج 2 ص1028 .

[4] – مالك ، باب الاستئذان ، مرجع سابق ، ج2 ص963 ، البيهقي ، باب استئذان المملوك والطفل في العورات الثلاث واستئذان من بلغ الحلم منهم في جميع الحالات، مرجع سابق ، ج7 ص97.

ومجمل الأحاديث تدل على أن الأحكام التي تضمنتها معللة بمقاصدها ، فالنهي عن التشدد في العبادة لما يسببه من ضرر بالنفس ، وضياع لحقوق الأهل والولد ، ، ونهي معاذا عن الإطالة في الصلاة ، لأن الطاعة إذا أدت إلى الحاق الضرر بالناس خرجت عن مقصود الشارع بدليل ماجاء في الرواية الثانية من ايضاح لهذا المعنى " ( يا معاذ أفتان أنت ) أو ( فاتن ) ثلاث مرات ( فلولا صليت بسبح اسم ربك والشمس وضحاها والليل إذا يغشى فإنه يصلي وراءك الكبير والضعيف وذو الحاجة ) " [1] ، والنهي عن الإضرار لما يسببه من مناقضة لمقصود الشارع من الأحكام ، ولذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم سيدنا سعد عن التصدق بأكثر من الثلث ، حتى لا يضر بالورثة ، ونهيه عن تكرار السؤال مع وضوحه في الحج ، لما فيه من التنطع المشغل عما ينفع في كثير من الأحكام ، ونهيه عن الجمع بين المرأة وخالتها وأو عمتها لما فيه من قطيعة الرحم ، إذا صارت إحداهما ضرة للأخرى ، والاستئذان شرع حتى لا يطلع الإنسان على العورات ، كما صرح بذلك النبي صلى الله عليه وسلم " إنما جعل الاستئذان من أجل البصر " [2] .

[1] - البخاري ، باب من شكا إمامه إذا طول، مرجع سابق ، ج1ص 249 .

[2] -البخاري ، باب الاستئذان من أجل البصر ، مرجع سابق ، ج5 ص2304 .

## المطلب الثاني : المقاصد في زمن الصحابة والتابعين

فهم الصحابة و التابعون أن من وراء النصوص الشرعية مقاصد وغايات لذا التفتوا إليها عند تقريرهم للأحكام الشرعية ، و لم يقتصروا على ظواهر النصوص ، وتجلى ذلك في أقضيتهم و فتاويهم و اجتهاداتهم و منها :

1-أنه كان بمدينة صنعاء امرأة غاب عنها زوجها ، و ترك في حجرها ابنا له من غيرها يقال له أصيل،فاتخذت المرأة بعد زوجها خليلا فقالت له:إن هذا الغلام يفضحنا فاقتله فأبى فامتنعت عنه فطاوعها فاجتمع على قتل الغلام خليل المرأة ، و رجل آخر ، و المرأة و خادمها فقتلوه ثم قطعوه أعضاء ، و ألقوا به في بئر،و لما ظهر أمر الحادث و فشا بين الناس،أخذ أمير اليمن خليل المرأة فاعترف،ثم اعترف الباقون،فكتب إلى عمر بن الخطاب بخبر ما حصل فكتب إليه عمر أن أقتلهم جميعا و قال و الله لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا [1] .

2-حين فتح سواد العراق لم يقسمه سيدنا عمر على الغانمين مع مطالبة الغانمين بذلك،بل ترك الأراضي في أيد أهلها،و ضرب على رؤوسهم الجزية ، و على أراضيهم الخراج بمحضر من الصحابة،و قال بعد أن تلا آيات الفيء في سورة الحشر:قد أشرك الله الذين يأتون من بعدكم في هذا الفيء ،فلو قسمته لم يبق لمن بعدكم شيء،و لئن بقيت ليبلغن الراعي نصيبه من هذا الفيء ،و دمه في وجهه .

و قال أيضا: أرأيتم هذه الثغور لابد من رجال يلتزمونها،أرأيتم هذه المدن العظام،كالشام و الجزيرة ، و الكوفة ، و البصرة ، و مصر لابد لها من أن تشحن بالجيوش ، و إدرار العطاء عليهم،فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون ، و العلوج ، فقالوا جميعا

---

[1] - الإمام مالك ، مرجع سابق ، ج2ص871 ، د- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق سوريا ، الطبعة الرابعة ، ج6ص396 .

الرأي رأيك ،نعم قلت و ما رأيت ، و حتى من خالف في بادئ الأمر كبلال و سليمان عاد فوافق[1].

3- ما استدل عليه ابن القيم في جواز شهادة القريب لقريبه من قول كل من عمر بن الخطاب رضي الله عنه وشريح القاضي ، ونقل عنهما ما يفيد ذلك ، فأما عمر فما نقله عن عبد الرزاق عن أبي بكر بن أبي سبرة عن أبي الزناد عن عبد الله ابن عامر بن ربيعة قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخيه وعن عمرو بن سليم الزرقي عن سعيد بن المسيب مثل هذا[2] .

وأما شريح القاضي فما نقله عن أبي عبيد حدثني الحسن بن عازب عن جده شبيب بن غرقدة قال كنت جالس عند شريح فأتاه علي بن كاهل وامرأة وخصم فشهد لها علي ابن كاهل وهو زوجها وشهد لها أبوها فأجاز شريح شهادتهما فقال الخصم هذا أبوها وهذا زوجها فقال له شريح أتعلم شيئا تجرح به شهادتهما كل مسلم شهادته جائزة [3].

وعلة قبول شهادتهما عندهما عدم الطعن فيهم وهذا ما أكده الإمام الزهري فيما نقله ابن وهب عنه قال ابن وهب ثنا يونس عن الزهري قال لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده ولا الوالد لوالده ولا الأخ لأخيه ولا الزوج لامرأته ثم دخل الناس بعد ذلك فظهرت منهم أمور حملت الولاة على اتهامهم فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة وصار ذلك من الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة لم يتهم إلا هؤلاء في آخر الزمان [4].

[1] – د- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ،مرجع سابق ، ج6 ص396 .

[2] - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، مرجع سابق ، ج1ص113 .

[3] - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، مرجع سابق ، ج1ص114 .

[4] - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، مرجع سابق ، ج1ص113 .

## المطلب الثالث : المقاصد في زمن الأئمة والمجتهدين

ما فهمه الإمام مالك رحمه الله من قول النبي صلى الله عليه و سلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه، قال و تفسير قول رسول الله صلى الله عليه و سلم فيما نرى و الله أعلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه أن يخطب الرجل المرأة فتركن إليه و يتفقان على صداق واحد معلوم ، و قد تراضيا فهي تشترط عليه لنفسها فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه ، و لم بعن بذلك إذا خطب الرجل المرأة فلم يوافقها أمره،و لم تركن إليه أن لا يخطبها أحد فهذا باب فساد يدخل على الناس [1] .

فالإمام مالك قد راعى في تفسير هذا مقاصد الشارع من إعطاء المرأة حق النظر فيما يعرض عليها من الخطاب حتى يكون ركونها عن رغبة ، و اختيار فيدوم ودهما،و الزواج قائم على المودة و الرحمة،و أما لو أخذنا بظاهر النص و هو النهي عن الخطبة مطلقا فهذا باب للفساد يدخل على الناس ، لأنّ المرأة تكون أمام خيارين إمّا الركون للخاطب الأول أو العزوف عن الزواج مطلقا ، و في كليهما ضرر بين بها، و قد جاءت الشريعة لرفع الضرر و الفساد عن الناس كما قرر عامة العلماء.

و هكذا كان علم المقاصد بارزا في ذهن هؤلاء الفقهاء حالة استنباطهم للأحكام الشرعية من الأدلة،و إن لم يصرحوا بذلك كما هو الحال في أصولهم الاجتهادية كالقياس، و المصالح ، و الاستحسان ، و العرف ، و غير ذلك حتى جاء الإمام الجويني فكان له السبق في بيان أهمية رعاية المقاصد، و تقسيماتها المختلفة كتقسيم المقاصد إلى ضرورية و حاجية و تحسينية ، و المقاصد الضرورية إلى الدين ، و العقل ، و النفس، و النسل، و المال ، و إن كان لم يرتب بينها .

[1] – الإمام ملك ، مرجع سابق ، ج2ص523 .

جاء في البرهان في الباب الثالث في تقاسيم العلل و الأصول ما نصه: هذا الذي ذكره هؤلاء أصول الشريعة و نحن نقسمها خمسة أقسام:

**أحدها:** ما يعقل معناه و هو أصل و يئول المعنى المعقول منه إلى أمر ضروري لابد منه مع تقرير غاية الإيالة الكلية ، و السياسية العامية،و هذا بمترلة قضاء الشرع بوجوب القصاص في أوانه فهو معلل بتحقق العصمة في الدماء المحقونة، و الزجر عن التهجم عليها.

**الضرب الثاني:** ما يتعلق بالحاجة العامة،و لا ينتهي إلى حدّ الضرورة،و هذا مثل تصحيح الإجارة فإنّها مبنية على ما مسيس الحاجة إلى المساكن مع القصور عن تملكها ،و ضنة ملاكها بها على سبيل العارية فهذه حاجة ظاهرة غير بالغة مبلغ الضرورة المفروضة في البيع و غيره .

**الضرب الثالث:** ما لا يتعلق بضرورة حاقة ، و لا حاجة عامة ، و لكنّه يلوح فيه غرض في جلب مكرمة ، أو نفي نقيض لها،و يجوز أن يلتحق بهذا الجنس طهارة الحدث ، و إزالة الخبث .

**الضرب الرابع:** ما لا يستند إلى حاجة و ضرورة ، و تحصيل المقصود فيه مندوب إليه تصريحا ابتداء .

**الضرب الخامس:** ما لا يلوح فيه للمستنبط معنى أصلا ،و لا مقتضى من ضرورة ، أو حاجة أو استحثاث على مكرمة ، و هذا يندر تصويره جدا،فإنه إن امتنع استنباط معنى جزئي فلا يمتنع تخيله كليا [1].

فالجويني هو صاحب التقسيم الثلاثي للمقاصد ، و إن كان صرّح لخمسة أقسام إلاّ أنّ الرابع يعود للثالث لأنّه لا يستند إلى حاجة ، أو ضرورة فهو من التحسينات لذلك عبّر عنه بأنّ المقصود منه مندوب إليه .

---

[1] – عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي ، مرجع سابق ، ج2ص602-603-604 .

و أمّا الخامس فضرب به مثالا على ما لا يعلل من الأحكام ، و هو نادر الوجود جدا كما صرّح بذلك فتكون القسمة ثلاثية ضرورات و مثّل لها بالقصاص،و حاجيات مثل لها بالإجارة، و تحسينات ومثل لها بالطهارة من الحدث و الخبث .

و كذلك هو من أشار إلى تقسيمات الضروري فقال : الشريعة متضمنها مأمور به ومنهي عنه ومباح ، فأما المأمور به فمعظمه العبادات فلينظر الناظر فيها ، وأما المنهيات فأثبت الشرع في الموبقات منها زواجر ، ولا يكاد يخفى احتياط كثير من الناس فيها ، وبالجملة الدم معصوم بالقصاص ومسألة المثقل يهدم حكمة الشرع فيه ، والفروج معصومة بالحدود ، ولا يخفى ما فيها من الاضطراب، والأموال معصومة عن السراق بالقطع [1].

ثم جاء الغزالي تلميذ الجويني فأبرز أهمية المقاصد ، و مراعاتها في معرفة المصالح المعتبرة و الموهومة ، وكذلك الترجيح بين الأدلة عند تعارضها فقال: ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة ، والإجماع فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة ، والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة ، ومن صار إليها فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع ، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع[2] .

وقال : عند تعارض مصلحتين ومقصودين وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى، ولذلك قطعنا بكون الإكراه مبيحا لكلمة الردة ، وشرب الخمر ، وأكل مال الغير ، وترك الصوم، والصلاة لأن الحذر من سفك الدم أشد من هذه الأمور ، ولا يباح به الزنا لأنه مثل محذور الإكراه [3].

---

[1] – الإمام الجويني ، مرجع سابق ، ج2 ص747 .

[2] -: أبو حامد الغزالي ، مرجع سابق، ج1ص430 .

[3] – أبوحامد الغزالي ، مرجع سابق ، ج1ص430 .

بل إنّ الغزالي أضاف على شيخه في تقسيم المقاصد مكملاتها فقال:و يتعلق بأذيال كل قسم من الأقسام ما يجري منها مجرى التكملة و التتمة لها [1].

و مثل للضروري بالمماثلة في القصاص فقال: و أمّا ما يجري مجرى التكملة و التتمة لهذه المرتبة فكقولنا المماثلة مركبة في استشفاء القصاص، لأنّه مشروع للزجر ، و التشفي، و لا يحصل ذلك إلا بالمثل [2].

و للحاجي بالكفاءة و مهر المثل في زواج الصغيرة فقال:و ما يجري مجرى التتمة لهذه الرتبة فهو كقولنا لا تزوج الصغيرة إلا من كفئ ، و بمهر المثل فإنه أيضا مناسب، و لكنه دون أصل الحاجة إلى النكاح [3].

و كما أوضح الفكرة شيخه بتقسيم المقاصد إلى ضرورات و حاجات و تحسينات جليا، أوضح كذلك تقسيم الضرورات إلى خمس حتى نسب هذا التقسيم الخماسي للضروري له لشدة الاعتناء ببيانه ، و توضيحه ، و التمثيل له فقال: و مقصود الشرع من الخلق خمسة و هو أن يحفظ عليهم دينهم ، و نفسهم ، و عقلهم ،و نسلهم ، و مالهم،فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، و كل ما يقوت هذه الأصول فهو مفسدة و دفعها مصلحة...و هذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح [4].

و مثل لذلك فقال : قضاء الشرع بقتل الكافر المضل ، وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته فإن هذا يفوت على الخلق دينهم ، وقضاؤه بإيجاب القصاص أدبه حفظ النفوس ، وإيجاب حد الشرب إذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف ، وإيجاب حد الزنا إذ به حفظ

---

[1] – أبوحامد الغزالي ، مرجع سابق ، ج1ص416 .

[2] – – أبوحامد الغزالي ، مرجع سابق ، ج1ص417 .

[3] – أبوحامد الغزالي ، مرجع سابق ، ج1ص418 .

[4] – أبوحامد الغزالي ، مرجع سابق ، ج1ص417 .

النسل والأنساب ، وإيجاب زجر الغصاب والسراق إذ به يحصل حفظ الأموال التي هي معاش الخلق وهم مضطرون إليها [1].

و أكد على أهمية هذه الكليات الخمس في الدين و أنّها مرعية في جميع الشرائع فقال:و تحريم تفويت هذه الأصول الخمسة و الزجر عنها يستحيل أن لا تشتمل عليه ملة من الملل و شريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق و لذلك لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر و القتال و الزنا و السرقة و شرب المسكر [2].

و بعد الغزالي قام العز بن عبد السلام بنقلة نوعية لعلم المقاصد حيث أفرد له مؤلفا خاصا أسماه قواعد الأحكام في مصالح الأنام بين في مقدمته أنّ الله أمر بتحصيل مصالح الدارين، و درء مفاسدهما إحسانا ، وإنعاما منه على العباد لأنه غني عن طاعتهم ، و عبادتهم ،ثم قسم المصالح و المفاسد تقسيمات كثيرة:

1-من حيث التعرف عليها و هو ثلاثة أنواع:

أحدها: ما تعرفه الأذكياء و الأغنياء

الثاني: ما يختص بمعرفته الأذكياء

الثالث: ما يختص بمعرفته الأولياء،لأنّ الله ضمن لمن جاهد في سبيله أن يهديه إلى سبيله قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَٱلَّذِينَ جَٰهَدُواْ فِينَا لَنَهۡدِيَنَّهُمۡ سُبُلَنَاۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَمَعَ ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴾ العنكبوت: 69، لأنّ الأولياء يهتمون بمعرفة أحكامه و شرعه،فيكون بحثهم عنه أتم و اجتهادهم فيه أكمل،مع أنّ من عمل بما يعلم ورثه الله علم ما لم يعمل [3].

2-من حيث رتبها:فالمصالح و المفاسد في رتب متفاوتة و على رتب المصالح تترتب الفضائل في الدنيا،و الأجور في العقبى،و على رتب المفاسد تترتب الصغائر ، و الكبائر و عقوبات الدنيا و الآخرة،و قد تستوي مصلحة الفعلين من كل وجه فيوجب الرب تحصيل

[1] – أبوحامد الغزالي ، مرجع سابق ، ج1ص417

[2] – المرجع نفسه .

[3] – العز بن عبد السلام ، مرجع سابق ، ص23 .

إحدى المصلحتين نظرا لمن أوجبها له، أو عليه،و يجعل أجرها أتم من أجر التي لم يوجبها،فإن درهم النفل مساو لدرهم الزكاة،لكنه أوجبه لأنّه لو لم يوجبه لتقاعد الأغنياء عن بر الفقراء فيهلك الفقراء،و جعل الأجور عليه أكثر من الأجر على غيره ترغيبا في التزامه و القيام به [1].

3-من حيث انقسامها إلى عاجلة و آجلة ، فالمصالح ثلاثة أضرب،**أحدهم:** أخروية و هي متوقعة الحصول إذ لا يعرف أحد بما يختم له، و لو عرف ذلك لم يقطع بالقبول، و لو قطع بالقبول لم يقطع بحصول ثوابها و مصالحها، بجواز ذهابها بالموازنة و المقاصة .

**الضرب الثاني:** مصالح دنيوية و هي قسمان:أحدهما: ناجز الحصول كمصالح المآكل و المشارب و الملابس.

الثاني: متوقع الحصول كالاتجار لتحصيل الأرباح.

**الضرب الثالث:** ما يكون له مصلحتان إحداهما عاجلة و الأخرى آجلة كالكفارات و العبادات الماليات، فإن مصالحهما العاجلة لقابليها ، و الآجلة لباذليها فالعاجلة ناجزة الحصول والآجلة متوقعة الحصول [2].

و المفاسد ثلاثة أضرب:**أحدها:**أخروية و هي متوقعة الحصول لا يقطع بتحققها لأنها قد تسقط بالتوبة أو العفو أو الشفاعة أو الموازنة.

**الضرب الثاني:** و هي قسمان:أحدهما: ناجز الحصول على الكفر ، و الجهل الواجب الإزالة.

القسم الثاني: المتوقع الحصول:كقتال من يقصدنا من الكفار.

**الضرب الثالث:** ما يكون له مفسدتان : **إحداهما** عاجلة و الأخرى آجلة،كالكفر

---

[1] – العز بن عبد السلام ، مرجع سابق ، ص23 .

[2] – العز بن عبد السلام ، مرجع سابق ، ص32 .

فالعاجلة ناجزة الحصول و الآجلة متوقعة الحصول [1].

4-من حيث انقسامها إلى فروض كفايات و أعيان المصالح ضربان:**أحدهما** ما يثاب على فعله لعظم المصلحة فيه ، و يعاقب على تركه لعظم المفسدة في تركه ، و هو ضربان:

أحدهما: فرض على الكفاية كتعلم الأحكام الشرعية الزائدة على ما يتعين تعلمه على المكلفين،و كجهاد الطلب ، وجهاد الدفع ،و إطعام المضطرين و كسوة العارين،و

الثاني:فرض على الأعيان:تعلم ما يتعين تعلمه من أحكام الشريعة ، و قراءة الفاتحة و أركان الصلاة ، و غير ذلك من عبادات الأعيان .

و المراد بفرض الكفاية تحصيل المصالح و درء المفاسد دون ابتلاء الأعيان بتكليفه،و المقصود بتكليف الأعيان حصول المصلحة لكل واحد من المكلفين على حدة لتظهر طاعته أو معصيته،لذلك لا يسقط فرض العين إلا بفعل المكلف به،ويسقط فرض الكفاية بفعل القائمين به دون من كلف له في ابتداء الأمر [2].

5-من حيث انقسامها إلى الوسائل و المقاصد فالواجبات و **المندوبات ضربان:**

**أحدهما** مقاصد و الثاني وسائل،وكذلك **المكروهات ضربان:**أحدهما مقاصد ، و الثاني وسائل و للوسائل أحكام المقاصد،فالوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل ، و الوسيلة إلى أرذل المقاصد هي أرذل الوسائل ، ثم تترتب الوسائل بترتب المصالح و المفاسد [3].

و هكذا يبين العز بن عبد السلام مفهوم المصالح و المفاسد و تقسيماتها مع التفريع و التمثيل لكل قسم من الأقسام بيانا شافيا كافيا،بل إنه يرجع الدين كله إلى قاعدة واحدة و هي جلب المصالح و درء المفاسد .

---

[1] - العز بن عبد السلام ، مرجع سابق ، ص33 .

[2] - العز بن عبد السلام ، مرجع سابق ، ص،37،38 .

[3] - العز بن عبد السلام ، مرجع سابق ، ص39 .

ثم جاء الشاطبي فلعب دورا بارزا في بيان أهمية المقاصد و تقسيماتها المختلفة في جزئه الثاني من الموافقات حتى نسب علم المقاصد إليه،فإذا ذكرت المقاصد ذكر معها الشاطبي لشدة إسهاماته ، و تنويهاته في هذا المجال .

و قد قسم المقاصد إلى قسمين مقاصد للشارع، و مقاصد للمكلف،و جعل للقسم الأول أقساما،و للثاني مسائل فقال:المقاصد التي ينظر إليها قسمان:

أحدهما: يرجع إلى قصد الشرع و الآخر:يرجع إلى قصد المكلف[1].

و قسّم القسم الأول إلى أقسام أربعة و كل قسم إلى مسائل:

1-قصد الشارع في وضع الشريعة ابتداء

2-قصد الشارع في وضع الشريعة للإفهام

3-قصد الشارع في وضع الشريعة للتكليف بمقتضاها

4-قصد الشارع في دخول المكلف تحت أحكام الشريعة

و قسم القسم الثاني فيما يرجع إلى مقاصد المكلف في التكليف إلى مسائل:

1-المسألة الأولى:الأعمال بالنيات

2-موافقة قصد المكلف لقصد الشارع

3-المسألة الثالثة:بطلان العمل المغاير لقصد الشرع

4-المسألة الرابعة:حكم قصد الموافقة أو المخالفة في العمل

5-المسألة الخامسة:الفعل يكون فيه مصلحة للنفس و مضرة للغير

6-المسألة السادسة:القيام بمصالح المكلف

7-المسألة السابعة:من كلف بمصالح غيره وجب على المسلمين القيام بمصالحه

8-المسألة الثامنة:قصد مجرد الامتثال في شرع المصلحة

9-المسألة التاسعة:خيار العبد في إسقاط حقه

---

[1] - الشاطبي ، مرجع سابق ، ص200 .

10-المسألة العاشرة:تعريف الحيل و أمثلتها

11-المسألة الحادية عشرة:أدلة منع الحيل

12-المسألة الثانية عشرة:الحيل مفوتة للمصالح [1]

ثم قسم المقاصد بحسب حاجة الخلق إليها إلى ثلاثة أقسام الضرورية و الحاجية و التحسينية و جعل لكل قسم من الأقسام الثلاثة كالتتمة و التكملة مما لو فرض فقده لم يخل بحكمته الأصلية ، و مثل لذلك بالتماثل في القصاص فإنه لا تدعو إليه ضرورة،و لا تظهر فيه شدة الحاجة و لكنّه تكميلي، و كذلك نفقة المثل ، و أجرة المثل و قراض المثل، و اشترط في هذه التكملة أن لا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال،فإذا أفضى اعتبارها إلى إبطال الأصل لا يصح اشتراطها لأنّها لا تكون مكملة حينئذ و إنّما ناقضة، و مثل لذلك بالبيع فهو ضروري،و منع الضرر و الجهالة مكمل فلو اشترط نفي الضرر جملة لا نحسم باب البيع،و كذلك الجهاد مع ولاة الجور قال العلماء بجوازه و علل الإمام مالك الجواز بقوله:لو ترك ذلك لكان ضررا على المسلمين،فالجهاد ضروري، و الوالي فيه ضروري،و العدالة فيه مكملة للضرورة،و المكمل إذا عاد للأصل بالإبطال لم يعتبر[2] .

ثم بين أنّ المقاصد الضرورية أصل لما سواه من الحاجي ، و التكميلي ، و أن الإخلال بالضروري يلزم منه إخلال بالحاجي و التحسيني ، غير أنه لا يلزم من إخلال الحاجي و التحسيني اختلال للضروري مطلقا ، و إن يلزم من اختلال التحسيني بإطلاق أو الحاجي بإطلاق اختلال الضروري بوجه ما،تبين أنه ينبغي المحافظة على الحاجي ، و التحسيني للضروري [3].

---

[1] - الشاطبي ، مرجع سابق ، ص397-441 .

[2] - الشاطبي ، مرجع سابق ، ص205 .

[3] - الشاطبي ، مرجع سابق ، ص206،207 .

و بعد الشاطبي بمراحل يظهر علم من أعلام الأمة يجدد الكتابة في المقاصد مستوعبا ما سبقه من كتابات مستدركا عليها إنه الإمام الطاهر بن عاشور و تجلى ذلك في كتابه مقاصد الشريعة الذي يعد من أفضل ما كتب في المقاصد على الإطلاق .

و قد نوه بداية على أهمية المقاصد خاصة للمشتغل بالفقه فقال في مبحث احتياج الفقيه إلى معرفة مقاصد الشريعة : أن تصرف المجتهدين بفقههم في الشريعة يقع على خمسة أنحاء:

**النحو الأول:** فهم أقوالها ، و استفادة مدلولات تلك الأقوال بحسب الاستعمال اللغوي،و بحسب النقل الشرعي بالقواعد اللفظية التي بها عمل الاستدلال الفقهي.

**النحو الثاني:** البحث عما يعارض الأدلة التي لاحت للمجتهد ، و التي استكمل إعمال نظره في استفادة مدلولاتها ليستيقن أنّ تلك الأدلة سالمة مما يبطل دلالتها ، و يقضي عليها بالإلغاء و التنقيح، فإذا استيقن أنّ الدليل سالم عن المعارض أعمله ، و إذا ألغى له معارضا نظرا في كيفية العمل بالدليلين معا ، أو رجحان أحدهما على الآخر.

**النحو الثالث:** قياس ما لم يرد حكمه في أقوال الشارع على حكم ما ورد حكمه فيه بعد أن يعرف علل التشريعات الثابتة بطريق من طرق مسالك العلة المبينة في أصول الفقه.

**النحو الرابع:** إعطاء حكم لفعل أو حادث للناس لا يعرف حكمه فيما لاح للمجتهد من أدلة الشريعة ، و لا له نظير يقاس عليه .

**النحو الخامس:**تلقي بعض أحكام الشريعة الثابتة عنده تلقي من لم يعرف علل أحكامها و لا حكمة الشريعة في تشريعها،فهو يتهم نفسه بالقصور عن إدراك حكمة الشارع منها، و يستضعف علمه في جنب سعة الشريعة فيسمى هذا بالتعبدي، فالفقيه بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة في هذه الأنحاء كلها [1].

---

[1] – ابن عاشور ، مرجع سابق ، ص13 .

ثم قسّم المقاصد إلى مقاصد عامة و مقاصد خاصة ، و بعد تعريف كل منهما قسمهما إلى فقرات:

**الفقرة الأولى**: بيان الصفة الضابطة للمقاصد الشرعية و هي أن تكون ثابتة ظاهرة منضبطة و مطردة.

**الفقرة الثانية**: بين فيها أنّ المقاصد انبنت على وصف الشريعة الأعظم ، و هو الفطرة **قَالَ تَعَالَىٰ**:﴿ فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًاۚ فِطْرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِي فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيْهَاۚ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ ٱللَّهِۚ ذَٰلِكَ ٱلدِّينُ ٱلْقَيِّمُ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ ٱلنَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴾الروم: 30.

**الفقرة الثالثة**:بيان أنّ أوصاف الشريعة و أكبر مقاصدها السماحة التي هي وسط بين التضييق و التساهل،فالتوسط بين طرفي الإفراط و التفريط ، وهو منبع الكمالات قال تعالى في وصف هذه الأمة أو وصف صدرها **قَالَ تَعَالَىٰ**:﴿ وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ وَيَكُونَ ٱلرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا ﴾البقرة: 143.

**الفقرة الرابعة**:بيان المقصد العام من التشريع و هو حفظ نظام الأمة ، و استدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه ، و هو نوع الإنسان ، و يشمل صلاحه صلاح عقله ، و صلاح عمله ، و صلاح ما بين يديه من موجودات العالم الذي يعيش فيه .

**الفقرة الخامسة**: عموم شريعة الإسلام فقد جاءت الشريعة عامة داعية جميع البشر إلى إتباعها،لأنّها لمّا كانت خاتمة الشرائع استلزم ذلك عمومها لا محالة سائر أقطار المعمورة و في سائر أزمنة هذا العالم،و مما ينشأ عن عمومها المساواة بين الأمة في تناول الشريعة أفرادها و تحقيق مقدار اعتبار تلك المساواة و مقدار إلغائها.

ذلك أنّ المسلمين مستوون في الانتساب إلى الجامعة الإسلامية بحكم قوله **تَعَالَىٰ**:﴿ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾الحجرات: 10 "فمعنى

الأخوة يشمل التساوي على الإجمال في تعلق خطاب الشريعة بهم لا يؤثر على ذلك التساوي مؤثر من قوة أو ضعف،فلا تكون عزة العزيز زائدة له من آثار التشريع ، و لا ضعف الذليل حائلا بينه و بين مساواته غيره في آثار التشريع.

**الفقرة السادسة:** مقصد الشريعة من التشريع تغيير و تقرير،تغيير الأحوال الفاسدة و إعلان فسادها،و التغيير قد يكون إلى شدة على الناس رعيا لصلاحهم ، و قد يكون إلى تخفيف إبطالا لغلوهم مثل تغيير اعتداد المرأة المتوفى زوجها من تربص سنه إلى أربعة أشهر و عشر،إذ لا فائدة فيما زاد على ذلك،و تقرير أحوال صالحة قد اتبعها الناس، و هي الأحوال المعبر عنها بالمعروف في قوله تعَالَى:﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ﴾التوبة: 71 .

**الفقرة السابعة:** نفوذ الشريعة فمن مقاصد الشريعة أن تكون نافذة في الأمة إذ لا تجهل المنفعة المقصودة منها كاملة بدون نفوذه فطاعة الأمة الشريعة غرض عظيم،وقد استخدمت الشريعة بنفوذ تشريعها ، و احترامه في نفوس الناس أنواع الوازع الذي نزع النفوس عن التهاون بحدود الشريعة فاعتمدت في ذلك ابتداء على الوازع فكان كافيا لها من الإطالة بالتشريع للمنافع التي تتطلبها الأنفس من ذاتها،و بالتحذير من المفاسد التي يكون للنفوس منها زاجر عنها ، ثم الوازع الديني و هو وازع الإيمان الصحيح المتفرع إلى الرجاء و الخوف فلذلك كان تنفيذ الأوامر و النواهي موكولا إلى دين المخاطبين بها ، فإذا ضعف الوازع الديني في زمن ، أو قوم ، أو في أحوال يظن أنّ الدافع إلى مخالفة الشرع في مثلها أقوى على أكثر النفوس من الوازع الديني هناك يصار إلى الوازع السلطاني فيناط التنفيذ بالوازع السلطاني كما قال عثمان بن عفان: يزع الله بالسلطان ما لا يزع بالقرآن .

و بعد حديثه عن المقاصد العامة أفرد جزئه الثالث من الكتاب للحديث عن المقاصد الخاصة فبدأ بمقاصد أحكام العائلة،أصرة النكاح،أصرة النسب و القرابة، أصرة الصهر،طرق إنحلال هذه الأواصر الثلاث،و مقاصد التصرفات المالية الملك ، و

التكسب،مقاصد الشريعة في المعاملات المنعقدة على عمل الأبدان،مقاصد أحكام التبرعات،ثم مقاصد أحكام القضاء ، و الشهادة و أخيرا المقصد من العقوبات .

## المبحث الثالث : تعليل الأحكام

كل من قال بالقياس قال بالتعليل،لأنّ القياس قائم على العلة ، لذا اعتبر الإمام الشاطبي تعليل الأحكام بالمصالح من المسلمات التي لا ينازع فيها أحد،ودليله استقراء أحكام الشريعة التي لا تعد و لا تحصى من الكتاب و السنة منها قوله تَعَالَىٰ:﴿ رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةُۢ بَعۡدَ ٱلرُّسُلِۚ وَكَانَ ٱللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا ﴾ النساء: 165﴿ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجۡعَلَ عَلَيۡكُم مِّنۡ حَرَجٖ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمۡ وَلِيُتِمَّ نِعۡمَتَهُۥ عَلَيۡكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ ﴾ المائدة: 6،﴿ وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴾ البقرة: 179﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ إِلَىٰ غَسَقِ ٱلَّيۡلِ وَقُرۡءَانَ ٱلۡفَجۡرِۖ إِنَّ قُرۡءَانَ ٱلۡفَجۡرِ كَانَ مَشۡهُودٗا ﴾ الإسراء: 78 ، وما رواه البخاري عن عبد الرحمن بن عابس عن أبيه قال قلت لعائشة : أنهى النبي صلى الله عليه و سلم أن تؤكل لحوم الأضاحي فوق ثلاث ؟ قالت ما فعله إلا في عام جاع الناس فيه فأراد أن يطعم الغني الفقير ، وإن كنا لنرفع الكراع فنأكله بعد خمس عشرة قيل ما اضطركم إليه ؟ فضحكت قالت: ما شبع آل محمد صلى الله عليه و سلم من خبز بر مأدوم ثلاثة أيام حتى لحق بالله [1] .

فهذه النصوص وغيرها لا يحصى من الكتاب والسنة تدل صراحة على تعليل هذه الأحكام بالمصالح ، لذا أفرد الدكتور شلبي رسالته للدكتوراه وكانت بعنوان تعليل الأحكام فبسط في ذلك القول مستدلا بالكتاب والسنة وأقوال الصحابة ، والتابعين ، حتى أن الدكتور

---

[1] - البخاري ، باب ما كان السلف يدخرون في بيوتهم وأسفارهم من الطعام واللحم وغيره ، مرجع سابق ، ج5ص2068 .

البوطي اعتبر التعليل مسألة لا ينكرها من قال بالقياس من الفقهاء فقال: اتفق جميع القائلين بالقياس من أن أحكام الله تعالى مشروعة لتحقيق مصالح العباد [1] .

فالخلاف في مسألة التعليل راجع إلى أفعال الله لا أحكامه ، و قد اختلف العلماء في علم العقيدة و التوحيد في أفعال الله هل هي معللة أم لا؟

فذهب الأشاعرة إلى أنّ أفعال الله لا تعلل قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ لَا يُسْـَٔلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْـَٔلُونَ ﴾ الأنبياء: 23 ، ولو كان فعله لغرض لكان ناقصا بذاته مستكملا بغيره،و هو تحصيل ذلك الغرض إذ أنّه لا يصلح غرضا للفاعل إلا ما هو أصلح له من عدمه، فيكون قد كمل بعد نقصان بتحقيق ذلك الغرض،و هو محال في حقه سبحانه [2].

و ذهب المعتزلة إلى أن أفعاله معللة لأنّ الله حكيم شرع الأحكام لحكمة ، و مصلحة لقوله تَعَالَىٰ: ﴿ وَمَآ أَرْسَلْنَـٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَـٰلَمِينَ ﴾ الأنبياء: 107،و الأحكام تتضمن اشتمال الأفعال على الحكم و المصالح وجوبا [3].

و أمّا الماتريدية فذهبوا مذهب المعتزلة من تعليل أفعال الله لكن لا على سبيل الوجوب على الله بل تفضلا و تكرما منه على العباد [4].

و أصل الخلاف في هذه المسألة كما ذكر الدكتور البوطي الحسن والقبيح في الأشياء عقليان أم لا فقال:إنّ خلاف الباحثين في هذا الموضوع فرع لخلافهم في الحسن و القبيح العقليين للأشياء،و معروف أنّ المعتزلة ذهبوا إلى أنّ للأشياء حسنا و قبحا عقليين،و أنّ الأحكام الشرعية جاءت على وفقها و تبعا لها ، فالعقل من شأنه أن يدرك حسنا و قبيحا في الأفعال بمعنى استلزام الثواب و العقاب لفاعلها، حتى و لو لم يكن هناك شرع منزل،

---

[1] د- محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة ، مكتبة رحاب ، الجزائر ، ص84 .

[2] – د- البوطي ، مرجع سابق ، ص82 .

[3] – د-مصطفى شلبي ، تعليل الأحكام ، مطبعة الأزهر ، مصر ، 1947 ، ص42 .

[4] – د- البوطي ، مرجع سابق ، ص82 .

وذهبت الماتريدية قريبا من هذا المذهب فأثبتوا حسنا و قبحا عقليين في الأشياء و لكنهم لم يحكموا العقل من الوجهة الشرعية قبل مجيء الشرع،و ذهبت الأشاعرة إلى أنّ الأشياء لا تتصف اتصافا ذاتيا بالحسن و القبح،و إنّما هما عرضان يعتوران الأشياء حسب موافقتهما أو مخالفتهما للأغراض في تعارف الناس أو حسب حكم الله فيها في اصطلاح الشرع [1].

فالخلاف متعلق بمسألة كلامية لا أصولية .

قال تاج الدين السبكي: المشتهر عن المتكلمين أنّ أفعال الله لا تعلل و اشتهر عن الفقهاء التعليل[2] .

قال الدكتور الريسوني : الحقيقة أنّ المسألة اختلف فيها علم الكلام ثم انتقل أثرها إلى الميدان الأصولي،و لاسيما أنّ عددا من كبار المتكلمين الفوا في علم الأصول،وإذا تركنا جانبا علم الكلام و معاركه و تأثيراته فإننا لن نجد إلا القول بالتعليل تطبيقا في الفقه و أصوله،و كلمّا رجعنا إلى الوراء حيث ينعدم ، أو يتضاءل تأثير علم الكلام في المجال الفقهي الأصولي كلما وجدنا التعليل مسألة مسلمة كما قال الشاطبي [3].

فتعليل الأحكام هو مسلك القرآن و السنة قال الإمام بن القيم:القرآن و سنة رسول الله صلى الله عليه و سلّم مملوآن من تعليل الأحكام بالحكم و المصالح،و تعليل الخلق بهما، و التنبيه على وجوه الحكم و المصالح و تعليل الخلق بهما،و التنبيه على وجوه الحكم التي لأجلها شرّع تلك الأحكام،و لأجلها خلق تلك الأعيان،و لو كان هذا في القرآن و السنة نحو مائة موضع أو مائتين لقسناها،لكنّه يزيد على ألف موضع بطرق متنوعة فتارة يذكر

---

[1] - د- البوطي ، مرجع سابقّ، ص82 .

[2] - علي بن عبد الكافي السبكي ، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1404، ج3ص72 .

[3] – د- الريسوني ، مرجع سابق ، ص224 .

لام التعليل و تارة يذكر المفعول لأجله الذي هو مقصود بالفعل، و تارة يذكره من أجل الصريحة في التعليل ، و تارة يذكر أداة كي،و تارة يذكر الفاء و أنّ....... [1] " .

لكن التعليل متعلق بأحكام العادات و المعاملات دون العبادات،فالأصل في العادات كما قال الإمام الشاطبي الالتفات إلى المقاصد ، و الغايات و المعاني ، و استدل لما ذهب إليه بما يلي:

**الاستقراء:**فالشريعة قائمة على مصالح العباد،فالأحكام العادية تدور مع المصلحة حيث دارت وجودا أو عدما،فيمنع الشيء إذا خلى من المصلحة و يباح حالة تحققها كالدرهم بالدرهم إلى أجل يمتنع في المبايعة و يجوز في القرض،و بيع الرطب باليابس يمتنع حيث يكون مجرد غرر من غير مصلحة ، و يجوز إذا كان فيه مصلحة ، و هو ما يسمى بالعرايا و هو أن يشتري رطبا على النخل بتمر يابس بقدر كيله خرصا مع التقابض ، و هو جائز فيما دون خمس أوسق لما رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– رخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة – يشك داود قال خمسة أو دون خمسة – قال نعم[2] .

2–توسع الشارع في بيان العلل و الحكم في تشريع باب العادات،ليظهر قصد الشارع فيها اتباع المعاني لا الوقوف مع النصوص بخلاف باب العبادات.

3–الالتفات إلى المعاني قد كان معلوما في الفترات و اعتمد عليه العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم،و من هنا أقرّت هذه الشريعة جملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية كالديّة،و القسامة، و القراض،و كسوة الكعبة،و أشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محمودا [3].

---

[1] - محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ، مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج2ص22 .

[2] – البخاري ، مرجع سابق ، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ج2ص764 ، ، مسلم ، مرجع سابق ، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، ج3ص1171 .

[3] – الشاطبي ، مرجع سابق ، ص386،387 .

و إذا كان الأصل في العادات التعليل، فالأصل في العبادات التعبد كما نبه على ذلك الشاطبي و غيره من علماء المقاصد و استدل على ذلك:

1.**الاستقراء:** فإنّا وجدنا الطهارة تتعدى محل موجبها ، و كذلك الصلوات خص بأفعال مخصوصة على هيئة إذا خرجت عنها لم تكن عبادات،وأنّ الذكر المخصوص في هيئة ما مطلوب ، و في هيئة أخرى غير مطلوب،و أنّ طهارة الحدث مخصوصة بالماء الطهور ، و إن أمكنت النظافة بغيره،و أنّ التيمم و ليست فيه نظافة حسية يقوم مقام الطهارة بالماء المطهر،وهكذا سائر العبادات،كالصوم و الحج و غيرها.

2-لو كان المقصود التوسعة في وجوه التعبد بمّا حدّ و لم يحد لنصب الشارع عليه دليلا واضحا كما نصت على التوسعة في وجوه العادات أدلة لا يوقف معها على المنصوص عليه دون ما شابهه ، و قاربه في المعنى المفهوم من الأصل المنصوص عليه .

3-الوصف المناسب للحكم فيها معدود فيما لا نظير له،كالمشقة في قصر المسافر،و إفطاره،و الجمع بين الصلاتين،و ما أشبه ذلك فأكثر العلل المفهومة الجنس في أبواب العبادات غير مفهومة الخصوص كقوله صلى الله عليه وسلم : " لا تقبل صلاة من أحدث حتى يتوضأ " [1] .

4- وجوه التعبدات في أزمنة الفترات لم يهتد إليها العقلاء اهتداءهم لوجوه معاني العادات،فكان الغالب فيهم الضلال و المشي على غير طريق فدّل هذا دلالة واضحة على أنّ العقل لا يستقل بدرك معانيها،و لا بوضعها، فافتقرنا إلى الشريعة في ذلك [2].

فالأصل في العبادات إذا عدم التعليل لذا قرر علماء الأصول عدم القياس عليها،لأنّها غير معقولة المعاني على وجه التفصيل ، و إن كانت معلومة المقاصد على وجه الإجمال و هو الخضوع و الامتثال لأمر الله تعالى لذا قال الشاطبي: "حكمة التعبد العامة الانقياد

---

[1] - البخاري ، مرجع سابق ، باب لا تقبل صلاة بغير طهور، ج1ص63 ، مسلم ، مرجع سابق ، باب وجوب الطهارة للصلاة ، ج1ص204 .

[2] - الشاطبي ، مرجع سابق ، ص384،385 .

لأوامر الله ، و إفراده بالخضوع و التعظيم لجلاله و التوجه إليه [1].

قال ابن عاشور:و إذا جاز أن نثبت أحكاما تعبدية لا علة لها و لا يطلع على علتها فإنّما ذلك في غير أبواب المعاملات المالية و الجنائية [2].

و ذهب الدكتور أحمد الريسوني في كتابه نظرية المقاصد عند الشاطبي أنّ العبادات معقولة المعاني و استدل على ذلك بجملة من النصوص فيها بيان لمقصد التشريع منها

1- في الصلاة: ﴿ إِنَّنِيٓ أَنَا ٱللَّهُ لَآ إِلَٰهَ إِلَّآ أَنَا۠ فَٱعۡبُدۡنِي وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكۡرِيٓ ﴾ طه: 14، ﴿ ٱتۡلُ مَآ أُوحِيَ إِلَيۡكَ مِنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَۖ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِۗ وَلَذِكۡرُ ٱللَّهِ أَكۡبَرُۗ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ مَا تَصۡنَعُونَ ﴾ العنكبوت: 45.

2-في الصوم: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴾ البقرة: 183 .

3-في الحج: ﴿ وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَجِّ يَأۡتُوكَ رِجَالٗا وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٖ يَأۡتِينَ مِن كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٖ ٢٧ لِّيَشۡهَدُواْ مَنَٰفِعَ لَهُمۡ وَيَذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ فِيٓ أَيَّامٖ مَّعۡلُومَٰتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنۢ بَهِيمَةِ ٱلۡأَنۡعَٰمِۖ فَكُلُواْ مِنۡهَا وَأَطۡعِمُواْ ٱلۡبَآئِسَ ٱلۡفَقِيرَ ﴾ الحج: 27-28 .

4- في الزكاة: ﴿ خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةٗ تُطَهِّرُهُمۡ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيۡهِمۡۖ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٞ لَّهُمۡۗ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ التوبة: 103 .

---

[1] - الشاطبي ، مرجع سابق ،ص384 .

[2] – ابن عاشور ، مرجع سابق ، ص45 .

معتقد الشافعي رضي الله عنه أن الزكاة مؤونة مالية ، وجبت للفقراء على الأغنياء ، بقرابة الإسلام على سبيل المواساة ، ومعنى العبادة تبع فيها .

ثم قرر بعد ذلك أنّ مجال العبادات ليس مجالا مغلقا محصورا عن التعليل المصلحي بل للتعليل فيه مدخل أو مداخل،و رجع في تأكيد ما ذهب إليه إلى بعض تعليلات الشاطبي و المقري و الجويني .

أمّا الشاطبي فتعليله في شأن النواهي النبوية لبعض الصحابة عن المبالغة في بعض العبادات مما يؤدي إلى السآمة و الملل ، و بغض الطاعة و كراهيتها، و أمّا المقري فقد جعل قاعدة بقوله:ما يعاف في العادات يكره في العبادات،كالأواني المعدة بصورها للنجاسات،و الصلاة في المراحيض ، و الوضوء بالمستعمل..." فلولا غلبة التعليل في هذا الباب ما ساغ له أن يقرر هذه القاعدة بهذا التعميم، و أمّا الجويني فقد نقل عن طوائف من الفقهاء تحريمهم التضمخ بالنجاسات من غير حاجة ماسة،و ما ذلك إلا لمنافاته للتعليل الوارد عقب ذكر الوضوء ، و الاغتسال في الآية﴿ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾ المائدة: 6، فالأصل عند الدكتور الريسوني الغالب في العبادات التعليل، وما عداه فهو استثناء[1] .

و يرد على الدكتور الريسوني بما سبق بيانه من أدلة الشاطبي في أنّ الأصل في العبادات التعبد،و إن كانت لا تخلو من علة ظاهرة وهي الانقياد التام لله سبحانه وتعالى .

و إن وجدت بعض التعليلات في بعض أحكام العبادات كما استدل الريسون فذلك غير مطرد في جميعها ، والأمر الأخر أنها ليست على سبيل التفصيل بل الإجمال ، ويدل على ذلك ما رواه البخاري ومسلم عن معاذة قالت سألت عائشة فقلت ما بال الحائض تقضى

[1] - الريسوني ، مرجع سابق ،212،214 .

الصوم ولا تقضى الصلاة فقالت أحرورية أنت قلت: لست بحرورية ولكنى أسأل، قالت كان يصيبنا ذلك فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة [1].

فالسيدة عائشة أنكرت عليها السؤال لأن العبادة لم توضع لبيان علتها الخاصة .

[1] – البخاري ، باب لا تقضي الحائض الصلاة ، مرجع سابق ، ج1ص122 ، مسلم باب وجوب قضاء الصوم على الحائض دون الصلاة ، مرجع سابق ، ج1ص265 .


المبحث الرابع : تقسيمات المقاصد

## تمهيد

تقسم المقاصد باعتبارات مختلفة ، باعتبار رتب المصالح ، وباعتبار مرتبتها في القصد ، وباعتبار عمومها وخصوصها وهذا ما نبحثه في المطالب التالية :

### المطلب الأول :تقسيم المقاصد بحسب رتب المصالح

### المطلب الثاني : تقسيم المقاصد باعتبار مرتبتها

### المطلب الثالث : تقسيم المقاصد بحسب العموم والخصوص

## المطلب الأول : تقسيم المقاصد بحسب رتب المصالح

تقسيم المقاصد حسب رتب المصالح إلى مقاصد ضرورية و حاجية و تحسينية

**أ-المقاصد الضرورية:**

عرّف الشاطبي المقاصد الضرورية:ما لابد منها في قيام مصالح الدين و الدنيا،بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة،بل على فساد و تهارج و فوت حياة،و في الأخرى فوت النجاة و الرجوع بالخسران المبين [1].

و عرّفها ابن عاشور:هي التي تكون الأمة بمجموعها و آحادها في ضرورة إلى تحصيلها بحيث لا يستقيم النظام باختلالها ، بحيث إذا انخرمت تؤول حالة الأمة إلى فساد و تلاشي[2].

فالضرورات ما لا يستطيع الناس الاستغناء عنها بحال من الأحوال،لأنّ الوجود الآدمي الإنساني متوقف عليها،فإذا اختلت كانت حياة الأنعام و البهيمة .

قال ابن عاشور:و لست أعني باختلال نظام الأمة هلاكها و اضمحلالها،لأنّ هذا قد سلمت منه أعرق الأمم في الوثنية و الهمجية لكن أعني بها أن تصبح أحوال الأمة شبيهة بأحوال الأنعام بحيث لا تكون على الحالة التي أرادها الشارع منها [3].

و الضرورات هي خمسة:حفظ الدين و النفس و النسل ،و المال و العقل ، وهي مرعية في كل أمة كما قال الشاطبي [4].

وقال الغزالي من قبل : ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وماهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة

---

[1] - الشاطبي ، مرجع سابق ، ص202

[2] - ابن عاشور، مرجع سابق ، ص76 .

[3] - ابن عاشور ، مرجع سابق ، ص76 .

[4] - الشاطبي ، مرجع سابق ، ص203 .

وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة وإذا أطلقنا المعنى المخيل والمناسب في كتاب القياس أردنا به هذا الجنس ، وهذه الأصول الخمسة :حفظها واقع في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح ........ وتحريم تفويت هذه الأصول الخمسة والزجر عنها يستحيل أن لا تشتمل عليه ملة من الملل وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق ولذلك لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر والقتال والزنا والسرقة وشرب المسكر [1] .

ودليل هذه الضروريات قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا جَآءَكَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ يُبَايِعۡنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشۡرِكۡنَ بِٱللَّهِ شَيۡـٔٗا وَلَا يَسۡرِقۡنَ وَلَا يَزۡنِينَ وَلَا يَقۡتُلۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ وَلَا يَأۡتِينَ بِبُهۡتَٰنٖ يَفۡتَرِينَهُۥ بَيۡنَ أَيۡدِيهِنَّ وَأَرۡجُلِهِنَّ وَلَا يَعۡصِينَكَ فِي مَعۡرُوفٖ فَبَايِعۡهُنَّ وَٱسۡتَغۡفِرۡ لَهُنَّ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴾ الممتحنة:12 .

فالحياة لا تستقيم بدون الدين،لأنّ الدين فطرة إنسانية،يضبط سلوك الإنسان مع نفسه و غيره،إذا أبعد عن واقع الحياة دخل الناس في هارج و تناحر ، لذا كتب أبو الحسن الندوي كتابه الشهير ليبين أهمية الدين في حياة الناس و ضرورته ، و هو أشد من ضرورة الطعام و الشراب "ماذا خسر العالم بانحطاط المسلمين" .

و هو يبين للإنسان مركزه في الوجود فيفهم دوره في الحياة أنه عبد مملوك لله و علاقته بما حوله من الموجودات ، و أنّها علاقة تسخير و ليست صراع كما يفهم البعض مما يدعي قهرالطبيعة بالعلم ، قال تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِي جَعَلَ لَكُمُ ٱلۡأَرۡضَ ذَلُولٗا فَٱمۡشُواْ فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُواْ مِن رِّزۡقِهِۦۖ وَإِلَيۡهِ ٱلنُّشُورُ ﴾ الملك: 15 .

و يجيبه عن الأسئلة المحيرة التي لا تفارقه ، وإن حاول إبعادها عن نفسه ، و التي تسمى بالأسئلة الخالدة من أين و إلى أين و لماذا،و بدون هذه المعرفة يظل الإنسان في حيرة ، و

[1] – الغزالي ، مرجع سابق ، ج1ص417 .

قلق ، و اضطراب يدفع البعض إلى الانتحار كما هو واقع،و الإجابات غير المقنعة كما هو في بعض الملل و النحل لا تفي بالغرض و لا تحقق المقصود .

و الحياة أيضا لا تستقيم بدون المحافظة على النفس المعصومة،فحرّمت الشريعة القتل و الانتحار و اعتبرهما من الكبائر ، قال تعالى : ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ النساء: 93 ، وروى مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم : " من قتل نفسه بحديدة فحديدته فى يده يتوجأ بها فى بطنه فى نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا ، ومن شرب سما فقتل نفسه فهو يتحساه فى نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا ،ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو يتردى فى نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبد"[1] .

بل حرّمت كل ما من شئنه أن يؤدي بالإنسان إلى التهلكة قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ النساء: 29.

ذلك أنّ الإنسان لا تستقر له الحياة إلا ببني جنسه لأنّه اجتماعي بطبعه كما قال ابن خلدون يحتاج غيره معه ليتبادل معه المنافع التي وزعت بين الخلائق، قال تعالى : ﴿ أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ ۚ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۚ وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَٰتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا ۗ وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ ﴾ الزخرف: 32 ، و ليدفع مع غيره أي ضرر محتمل لا يمكن دفعه بمفرده، لذا نجد الناس حتى في البوادي يجتمعون في تجمعات سكنية قريبة ،و قد علّق ابن باديس على هذا المعنى حين شرحه لقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰٓ إِذَآ أَتَوْا۟ عَلَىٰ وَادِ ٱلنَّمْلِ قَالَتْ نَمْلَةٌ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّمْلُ ٱدْخُلُوا۟ مَسَٰكِنَكُمْ لَا يَحْطِمَنَّكُمْ سُلَيْمَٰنُ وَجُنُودُهُۥ وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ ﴾ النمل: 18، فقال: فهذه

---

[1] – مسلم ، باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه ، مرجع سابق ، ج1ص103 ، البخاري ، باب شرب السم والدواء به وبما يخاف منه والخبيث ، مرجع سابق ، ج5 ص2178 .

النملة لم تهتم بنفسها فتنجو بمفردها ، و لم ينسها هول ما رأت من عظمة ذلك الجند إنذار بني جنسها؛ إذ كانت تدرك بفطرتها أن لا حياة لها بدونهم، ولا نجاة لها إذا لم تنج معهم، فانذرتهم في أشد ساعات الخطر أبلغ الإنذار، فهذا يعلمنا أن لا حياة للشخص إلاّ بحياة قومه، ولا نجاة لهم إلاّ بنجاتهم، وأن لا خير لهم فيه إلاّ إذا شعر بأنه جزء منهم [1].

و كذلك العقل الذي به مناط التكليف ، و فهم مقاصد التشريع، و حسن التدبير، و لحمايته حرّم الله كل المؤثرات على قراره سواء أكانت مؤثرات حسية كالخمر و المخدرات قال تعالى :﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ﴾ المائدة: 90:، أو مؤثرات معنوية كالشبهات في دين الله تعالى .

و المحافظة على النسل ضرورة لاستمرار الوجود و الحياة،و قد شرّع للمحافظة عليه النكاح الذي يعد الطريق الوحيد لذلك ، و إذا كان النكاح يغلب عليه الندب إلا أنّ الندب يطلب بالكل لا بالجزء كما قرر الشاطبي:إذا كان الفعل مندوبا بالجزء كان واجبا بالكل كالأذان في المساجد و صلاة الجماعة و صحة التطوع و النكاح...و لو فرض تركها جملة لجرّح التارك لها [2].

و أمر بضرورة الاعتناء بهذا النسل حتى يؤدوا مقصد الله منهم، وإلا كان مفرطا ومضيعا ، روى أبوداود وأحمد وغيرهما عن عبد الله بن عمرو بن العاصي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت [3].

---

[1] – عبد الحميد ابن باديس ، مجالس التذكير ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1995 ، ص262.

[2] – الشاطبي ، مرجع سابق ، ص76 .

[3] – أبو داود باب في صلة الرحم ، مرجع سابق ، ج2ص59 ، أحمد ، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، مرجع سابق ، ج2ص 160 . قال شعيب الأرنؤوط : صحيح لغيره وهذا إسناد حسن .

و المحافظة على المال لا تقل أهمية على بقية الضروريات لأنّ المال عصب و قوام الحياة كما

قال القرآن ﴿ وَلَا تُؤۡتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمۡوَٰلَكُمُ ٱلَّتِي جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمۡ قِيَٰمٗا وَٱرۡزُقُوهُمۡ فِيهَا وَٱكۡسُوهُمۡ

وَقُولُواْ لَهُمۡ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗا ﴾ النساء: 5 .

و لأهميته شجع الإسلام على اكتسابه و تحصيله بالطرق المشروعة قال تعالى﴿ هُوَ ٱلَّذِي

جَعَلَ لَكُمُ ٱلۡأَرۡضَ ذَلُولٗا فَٱمۡشُواْ فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُواْ مِن رِّزۡقِهِۦۖ وَإِلَيۡهِ ٱلنُّشُورُ ﴾ الملك: 15،

بل اعتبر أنّ السعي في تحصيله عبادة من العبادات ، روى البيهقي عن مغراء العبدي عن بن عمر رضي الله عنهما قال : مر بهم رجل فتعجبوا من خلقه فقالوا لو كان هذا في سبيل الله فأتوا النبي صلى الله عليه و سلم فقال النبي صلى الله عليه و سلم : إن كان يسعى على أبويه شيخين كبيرين فهو في سبيل الله ، وإن كان يسعى على ولد صغار فهو في سبيل الله وإن كان يسعى على نفسه ليغنيها فهو في سبيل الله [1] .

وحرّم كل تعد عليه قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ وَتُدۡلُواْ بِهَآ إِلَى

ٱلۡحُكَّامِ لِتَأۡكُلُواْ فَرِيقٗا مِّنۡ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلۡإِثۡمِ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ﴾ البقرة: 188

فإذا وقع التعد مع التحذير كانت العقوبة رادعة كعقوبة السرقة قال تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ

وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ﴾

المائدة : 38، و الحرابة قال تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ

وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم

---

[1] – أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، مكتبة دار الباز – مكة المكرمة ، 1414 – 1994 ، باب نفقة الأبوين، ج7ص479 .

مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ المائدة: 33 .

وزاد القرافي فيما نقل عنه ابن عاشور حفظ العرض[1] ، وحفظ العرض لايرقى إلى مرتبة الضروري عند ابن عاشور بل هو من الحاجي فقال :وأما حفظ العرض في الضروري فليس بصحيح ، والصواب أنه من قبيل الحاجي ، وأن الذي حمل بعض العلماء مثل تاج الدين السبكي في جمع الجوامع على عده في الضروري هو مارأوه من ورود حد القذف في الشريعة ، ونحن لا نلتزم الملازمة بين الضروري ، وبين ما في تفويته حد ، ولذلك لم يعده الغزالي وابن الحاجب ضروريا [2].

ب- **المقاصد الحاجية** عرفها الشاطبي بقوله : فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل علىَ المكلفين- على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة [3].

وعرفها ابن عاشور بقوله: وهو ما تحتاج الأمة إليه لاقتناء مصالحها ، وانتظام أمورها على وجه حسن ، بحيث لولا مرعاته لفسد النظام ، ولكنه كان على حالة غير منتظمة، فلذلك كان لا يبلغ مبلغ الضروري[4] .

وقد مثل لذلك في العبادات بالرخص المخففة خشية لحوق المشقة ، وفي المعاملات بالبيوع والإجارة ، والقراض، والمساقاة ، وفي الجنايات بضرب الدية على العاقلة .

فالحاجي ما لم يبلغ مرتبة الضروري ، ولكن الإخلال به يؤدي إلى الضيق والحرج الشديد

---

[1] - ابن عاشور ، مرجع سابق ، 77 .

[2] – ابن عاشور ، مرجع سابق 79،80.

[3] – الشاطبي ، مرجع سابق ، ص203 .

[4] - ابن عاشور ، مرجع سابق80 .

ولذلك كانت العناية به تقرب العناية بالضروري كما نبه على ذلك ابن عاشور [1] .

ج- **المقاصد التحسينية** عرفها الشاطبي بقوله : فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات[2] .

وعرفها ابن عاشور بقوله : هي عندي ماكان بها كمال حال الأمة في نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة ، ولها بهجة منظر المجتمع في مرأى بقية الأمم ، حتى تكون الأمة الإسلامية مرغوبا فيها ، أو في التقرب منها [3] ، ومثل لذلك في العبادات بالطهارات كلها ، وستر العورة ، وأخذ الزينة ، والتقرب بنوافل قربات الصدقات ، وفي العادات بآداب الأكل والشرب ، وفي المعاملات كالمنع من بيع النجاسات ، وفضل الكلأ والماء .

فالمقاصد التحسينية مالا يرجع فيها إلا ضروري أوحاجي ، ولكن وقعت موقع التحسين عند الناس .

---

[1] - ابن عاشور ، مرجع سابق80 .

[2] – الشاطبي ، مرجع سابق ، ص203 .

[3] - ابن عاشور ، مرجع سابق81 .

## المطلب الثاني : تقسيمات المقاصد بحسب مرتبتها

قسم الشاطبي المقاصد بحسب مرتبتها في القصد إلى :مقاصد أصلية ، ومقاصد تابعة

أ–**المقاصد الأصلية** :وقد عرفها الشاطبي بقوله : هي التي لا حظ فيها للمكلَّف، وهي الضروريات المعتبرة في كل ملة ؛ لأنها قيام بمصالح عامة مطلقة، لا تختص بحال دون حال، ولا بصورة دون صورة، ولا بوقت دون وقت ، ولما كانت كذلك كانت من فروض الأعيان حتى يلزم الإنسان بها كالعبادات البدنية والمالية، من الطهارة، والصلاة، والصيام، والزكاة، والحج، وما أشبه ذلك، أو من فروض الكفايات، كالولايات العامة، من الخلافة، والوزارة، ، والقضاء، وإمامة الصلوات، والجهاد، والتعليم وغير ذلك من الأمور التي شرعت عامة لمصالح عامة إذا فرض عدمها أو ترك الناس لها انخرم النظام[1] .

ب–**المقاصد التابعة**: هي التي روعي فيها حظ المكلف، فمن جهتها يحصل له مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات والاستمتاع بالمباحات، وسد الخلات، وذلك أن حكمة الحكيم الخبير حكمت أن قيام الدين والدنيا إنما يصلح ويستمر بدواعٍ من قبل الإنسان تحمله على اكتساب ما يحتاج إليه هو وغيره، فخلق له شهوة الطعام والشراب إذا مسه الجوع والعطش؛ ليحركه ذلك الباعث إلى التسبب في سد هذه الخلة بما أمكنه، وكذلك خلق له الشهوة إلى النساء لتحركه إلى اكتساب الأسباب الموصلة إليها ، وماكان كذلك لم يؤكد عليه الطلب بالنسبة إلى نفسه، بل جعل الاحتراف والتكسب والنكاح على الجملة مطلوبا طلب الندب لا طلب الوجوب، بل كثيرا ما يأتي في معرض الإباحة، كقوله: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ﴾ البقرة: 275، ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَٱذْكُرُوا۟ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ الجمعة: 10 ، ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ۚ فَإِذَآ أَفَضْتُم مِّنْ عَرَفَٰتٍ فَٱذْكُرُوا۟ ٱللَّهَ عِندَ ٱلْمَشْعَرِ ٱلْحَرَامِ ۖ وَٱذْكُرُوهُ

[1] – الشاطبي ، مرجع سابق ، 305،307 .

كَمَا هَدَىٰكُمْ وَإِن كُنتُم مِّن قَبْلِهِۦ لَمِنَ ٱلضَّآلِّينَ ﴾ البقرة: 198 ، ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ۚ قُلْ هِىَ لِلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۗ كَذَٰلِكَ نُفَصِّلُ ٱلْءَايَٰتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ الأعراف: 32 .

فمن هذه الجهة صارت المقاصد التابعة خادمة للمقاصد الأصلية ومكملة لها، ولو شاء الله لكلف بها مع الإعراض عن الحظوظ، أو لكلف بها مع سلب الدواعي المجبول عليها، لكنه امتن على عباده بما جعله وسيلة إلى ما أراده من عمارة الدنيا للآخرة، وجعل الاكتساب لهذه الحظوظ مباحا لا ممنوعا [1].

فالمقاصد الأصلية التي لاحظ للإنسان فيه كالعبادات يدفع الشرع الناس إليها دفعا من خلال الإلزام بها إلزاما عينيا ، أوكفائيا وهو ما يسميه ابن عاشور بوازع الدين (الأوامر والنواهي) حتى يزع الناس عن التهاون بحدود الشريعة ، وأما ماكان فيه حظ كالمقاصد التابعة ، فإن الحظوظ ، والشهوات تحرك الإنسان لتحقيق ذلك من غير إلزام من الشرع ، وهو ما يسميه ابن عاشور بوازع الجبلة ، فحب الإنسان الفطري للتملك يدفعه لتحمل أعباء السعي في مناكب الأرض من غير ضجر أو تعب .

[1] – الشاطبي ، مرجع سابق ،305،307 .

## المطلب الثالث : تقسيم المقاصد بحسب العموم والخصوص

قسم ابن عاشور المقاصد من حيث العموم والخصوص إلى : مقاصد عامة ، ومقاصد خاصة .

**أ–المقاصد العامة** : هي المعاني و الحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة،فيدخل في هذا أوصاف الشريعة و غايتها العامة،و المعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها،و يدخل في هذا أيضا معاني من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام،و لكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها [1].

**ب–المقاصد الخاصة**:هي الكيفيات المقصودة للشارع لتخفيف مقاصد الناس النافعة ،أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة،كي لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصة بإبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة...و يدخل في ذلك كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس ، مثل قصد التوثق في عقد الرهن، و إقامة نظام المترل و العائلة في عقدة النكاح،و دفع ضرر المستدام في مشروعية الطلاق [2].

وفائدة هذه التقسيمات للمقاصد عند الترجيح حالة وجود تعارض بينها ، فيقدم الضروري على الحاجي ، والحاجي على التحسيني ، وإن كان كل منهما خادم للضروري وتقدم المصلحة الأصلية على التابعة ، والمصلحة العامة على الخاصة .

---

[1]– محمد الطاهر بن عاشور ، مرجع سابق ، ص49 .

[2] – محمد الطاهر بن عاشور ، مرجع سابق ، ص142 .

# الباب الثاني :
# تطبيقات عن الاجتهاد القضائي

## تمهيد :

بعد الجانب النظري لا بد من نماذج تطبيقية لبيان كيفية اعتماد الاجتهاد على المقاصد الشرعية للوصول إلى الأحكام القضائية المختلفة ، وهذا ما سنبينه في الباب الذي قسمته إلى فصلين :

**الفصل الأول : تطبيقات عن الاجتهاد القضائي في مجال الزواج**

**الفصل الثاني : تطبيقات عن الاجتهاد القضائي في مجال الطلاق**

# الفصل الأول :

# تطبيقات عن الاجتهاد القضائي في مجال الزواج

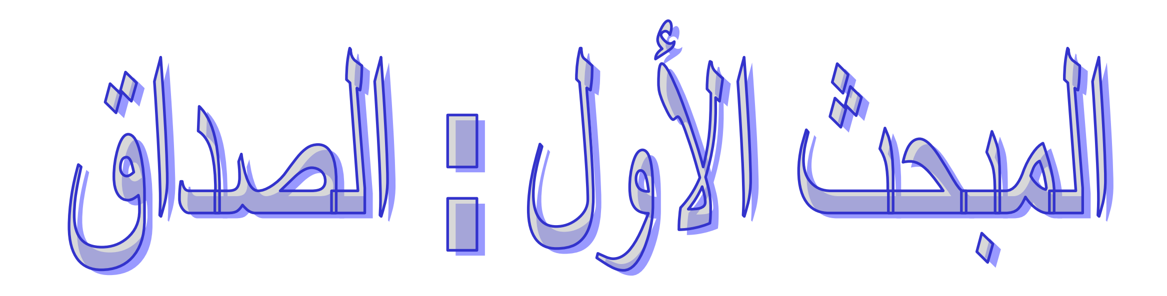
**تمهيد :**

نخص الفصل الأول للتطبيقات القضائية المتعلقة بمسائل الزواج ، وقد قسمته إلى ثلاثة مباحث :

**المبحث الأول : الصداق**

**المبحث الثاني : النفقة**

**المبحث الثالث : الشروط المقترنة بالعقد**


المبحث الأول : الصداق

## تمهيد

الصداق اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد ، أو بالدخول بها .

فالصداق تستحقه المرأة بشيئين :

1- العقد فبمجرد العقد الصحيح تستحق المرأة المهر المسمى ، أو المثل .

2- الدخول سواء أكان حقيقة أوحكما لقوله تعالى: ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ النساء: 24 .

وسنوضح ذلك تفصيلا في هذا المبحث وقد قسمته إلى المطالب التالية :

**المطلب الأول : مفهوم الصداق**

**المطلب الثاني : تعجيل الصداق وتأجيله**

**المطلب الثالث : مسقطات الصداق**

## المطلب الأول: مفهوم الصداق

### الفرع الأول : تعريف الصداق لغة :

الصداق بفتح الصاد وكسرها مهر المرأة وجمعها في أدنى العدد أصدقه ، و الكثير صُدُق و أصدق المرأة حين تزوجها أي جعل لها صداقا[1] ، لقوله تعالى :﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾ النساء: 4 ، وله أسماء عشرة : مهر، صداق أو صدقة ، نحلة ، أجر، فريضة ، حِباءُ، عُقرٌ ، علائق ، وطول ، ونكاح [2]، لقوله تعالى ﴿ وَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ مِنكُمۡ طَوۡلًا أَن يَنكِحَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ﴾ النساء: 25 ، قوله تعالى:﴿ وَلۡيَسۡتَعۡفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغۡنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦۗ ﴾ النور: 33 ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : " أدوا العلائق قيل ، يا رسول الله وما العلائق ؟ قال ما يتراضى به الأهلون "[3] .

---

[1]-- ابن منظور، مرجع سابق، ج10 ص 197، محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ج1ص151.

[2]- علي بن سليمان ، الإنصاف للمرداوي ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ، ج 8 ص 227 ، إبراهيم بن محمد بن مفلح، المبدع ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1400هـــ ، ج 7 ص 130 ، منصور بن يونس بن ادريس، 1- كشاف القناع ، تحقيق هلال مصلحي مصطفى هلال، دار الفكر ، بيروت ، سنة 1402هـــ ، ، ج5 ص128 ، عبد الله بن أحمد ، المغني دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1405هـــ ، ج 7 ص 160

[3]- البيهقي ، باب ما يجوز أن يكون مهرا ، مرجع سابق ، ج7 ص239 ، علي بن عمر ، سنن الدار القطني ، تحقيق السيد عبد الله هاشم كماني المدني ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1386هـــ - 1966م ، ، كتاب النكاح

ونظم بعضهم ثمانية منها في بيت :

صداق ومهر نحلة وفريضة            حباء و أجر ثم عقر علائق

**الفرع الثاني : تعريف الصداق شرعا :**

عرّفه الحنفية بقولهم: اسم للمال الذي يجب في عقد النّكاح على الزوج في مقابل البضع إما بالتسمية أو بالعقد.

واعترض بعض علماء الحنفية على هذا التعريف أنّه غير جامع لأنّه لا يشمل المال الذي يجب على الرجل بالوطء بشبهة، مع أنه يسمى مهر، ومن ثمّ عرفه بعضهم بأنه: اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء.

و لم يسلم أصحاب التعريف الأول لهذا الاعتراض وبينوا ان المراد بالمهر هنا ما يجب بحكم النكاح بالعقد[1].

وعرفه المالكية بقولهم : ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها [2].

وعرّفه الشافعية بقولهم : هو ما وجب بنكاح أو وطء ، أو تفويت بضع مهرا ، كرضاع ورجوع شهود[3] .

والواجب بالعقد المهر المسمى إن كان العقد صحيحا ، و أمّا الفاسد فيجب مهر المثل ، وكذلك إذا لم يسم لها مهرا في العقد أو وطئها بشبهة .

---

ج3 ص244 .قال الهيثمي : رواه الطبراني وفيه محمد بن عبد الرحمن البيلماني وهو ضعيف . نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، دار الفكر، بيروت - 1412 هـ ، ج4ص415 .

1- محمد أمين ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1386هـ . ج3 ص 100 ، 101 .

2- أحمد بن محمد الدردير ، - الشرح الصغير ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1398هـ - 1978م ، ج1 ص 409.

3- محمد الخطيب الشربيني ، 1- مغني المحتاج ، دار الفكر ، بيروت ، ج3 ص 220 2، - الإقناع ، تحقيق مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر ، بيروت ، سنة 1415هـ ، دار الفكر ، ج2 ص 422 .

أمّا تفويت البضع قهرا بالرضاع أن يكون الرجل متزوجا باثنتين ، إحداهما بالغة و الأخرى طفلة في سن الرضاعة [1] فأرضعت الزوجة البالغة الزوجة الأخرى الصغيرة من غير أن يأذن لها الزوج في ذلك ، فتصبح الزوجة الصغيرة إبنة للرجل من الرضاعة ، فتحرم عليه ، فينفسخ الزواج ، وحينئذ يجب للزوجة الصغيرة على الزوج نصف المهر الذي سمي في عقد الزواج إن كان المهر صحيحا ، وإن لم يكن المهر صحيحا وجب نصف مهر المثل ، وذلك لأنه فارقها قبل الدخول ، ويجب للرجل على الزوجة الكبيرة التي أرضعت الصغيرة نصف مهر مثل الصغيرة .

و أمّا لو أذن لها الزوج في الإرضاع فلا يرجع بشيء على الزوجة الكبيرة [2] .

ومثال وجوب المهر برجوع الشهود أن يشهد جماعة حسبة على أنّ الرجل طلق زوجته طلاقا بائنا لا يجوز فيه رجعتها ، أو يشهدوا عليه أنّه طلقها طلاقا رجعيا وانقضت عدتها حتى بانت منه ، ففرق القاضي بينهما بناء على هذه الشهادة ، ثّم بعد التفريق رجع الشهود عن شهادتهم ، فإنّه في هذه الحالة يجب على الشهود أن يدفعوا للزوج مهر المثل لأنّ حكم الحاكم لا يصح نقضه [3] .

ومثال آخر أن يشهد شاهدان بأنّ الزوجين أخوان من الرضاعة فيحكم القاضي بالتفريق بينهما ثمّ يرجع الشاهدان على شهادتهما، فإنّه في هذه الحالة يحكم القاضي بتغريمهما المهر للزوج لأنهما كانا سببا في تفويت البضع عليه.

وعرّفه الحنابلة بقولهم العوض في النكاح ونحوه .

---

[1]- تجيز الشريعة العقد على الطفلة ولو كانت في سن الرضاع ، ولكن لا يجوز للزوج أن يدخل بها حتى تكون صالحة للدخول بها ، الشربيني ،مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج3 ص 224 .

[2]- سليمان بن عمربن محمد البجيرمي ،حاشية البجيرمي ، المكتبة الإسلامية ، ديار بكر تركيا ،ج 3 ص 404

[3]- البجيرمي ، مرجع سابق ،ج 4 ص 404 .

ويقصد الحنابلة بكلمة "ونحوه" في التعريف أنّ المهر كما يجب للمعقود عليها عقدا صحيحا يجب أيضا في حالات تشابه الزواج ، مثل ما إذا وطء الرجل المرأة في عقد فاسد لم يستوف شروطه المطلوبة فيه فيجب في هذه الحالة المهر على الرجل .

أو دخل على المرأة يظنها زوجها ثّم تبين له خطؤه ، وما يسمى في اصطلاح الفقهاء بوطء الشبهة، فيجب للمرأة في هذه الحالة المهر[1] .

وعرفه قانون الأسرة في المادة 14 من قانون 84- 11 : الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا ، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء .

ويلاحظ أنّ التعاريف تكاد تكون متقاربة من حيث المعنى ، إلا أنّ تعريف الشافعية أدق لأنّ الصداق ما وجب بالنكاح و هو العقد الصحيح ، أو الوطء حالة فساد العقد ، وليس هو نظير الاستمتاع بالبضع كما ذهب إلى ذلك المالكية ، أو هو مقابل للبضع كما ذهب الحنفية ، أو هو عوض في النكاح كما ذهب إلى ذلك الحنابلة ، لأنّ الاستمتاع شيء مشترك بينهما فكلاهما يستمتع بالآخر فلا يصح بهذا المعنى أن يكون مهرا للمرأة بل هو مكرمة لها ، وليس ثمنا لبضعها ، وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾ النساء: 4، أي عطية ولما رواه أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبة الوداع " ... اتقوا الله في النساء فإنّكم أخذتموهنّ بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله "[2] .

---

[1]- ابن ادريس،كشاف القناع ، مرجع سابق، ج5 ص 128 .

[2]- أبو داود ، ، كتاب المناسك ، باب صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم ، مرجع سابق ، ج2 ص185، محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجه ، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار الفكر ، بيروت ، ، ، كتاب المناسك ، باب حجة رسول الله عليه السلام ج2 ص1025، عبد الله بن عبد الرحمان الدارمي، سنن الدارمي ، تحقيق فوازأحمد زمرلي – خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1407هـــ ، ، كتاب المناسك ، باب في سنة الحج ، ج2 ص69، أحمد بن حنبل الشيباني ، ، كتاب أول مسند البصريين، باب

# الفرع الثالث: حكم الصداق

قامت الأدلة الشرعية من الكتاب و السنة على أنّ المهر واجب للزوجة لإبانة شرف المحل ويجب لها بشرطين :

**الأول** : العقد الصحيح ، فبمجرد العقد الصحيح تستحق المرأة المهر المسمى أو المثل ، وقد يسقط كله أو بعضه ما لم يتأكد بالدخول الحقيقي أو بالموت ، أو الدخول الحكمي عند الحنفية و الحنابلة [1] .

**الثاني**: الدخول الحقيقي: كما في حالة الوطء بشبهة أو في الزواج الفاسد، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

ودليل هذا الوجوب ما يلي :

1- قوله تعالى : ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ النساء: 4 ، أي عطية ، وهذا يدل على أنّ المهر يجب على الرجل في الحقيقة تكرمة للمرأة وعطية من الله مبتدأ وصادرة من الزوج لتحصل الألفة والمحبة ، وإظهارًا لشرف المحل وخطره حتى

لا يستهان به.

---

حديث عم أبي حرة الرقاشي عن عمه، مرجع سابق ، ج5 ص72 ، البيهقي ، كتاب الحج ، مرجع سابق ، ج7 ص144 . قال الأرناؤوط : صحيح لغيره .

[1]- زين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق ، دار المعرفة ، بيروت ، ج3 ص 162 ، محمد بن أبي سهل السرخسي المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1406هـــ ،ج5 ص 150 ، : محمد بن عبد الواحد السيواسي شرح فتح القدير ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ج3 ص 332 ، ابن ادريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ،ج 5 ص 150، ابن قدامة ،المغني ، مرجع سابق ،ج 7 ص 191 .

2- قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ النساء: 24.

3- ما رواه الشيخان عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه قال: جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فصعد النظر فيها وصوبه، ثمّ طأطأ رأسه ، فلما رأت المرأة أنّه لم يقض فيها شيئا جلست، فقام رجل من الصحابة فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها، فقال: فهل عندك من شيء ؟ فقال: لا والله يا رسول الله، فقال: اذهب الى اهلك انظر هل تجد شيئا ؟ فذهب ثمّ رجع، فقال: لا والله ما وجدت شيئا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: انظر ولو خاتما من حديد ، فذهب ثم رجع ، فقال لا و الله يا رسول الله ، ولا خاتما من حديد،ولكن هذا إزاري فلها نصفه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما تصنع بإزارك إن لبسته لم يكن عليها منه شيء ، و إن لبسته لم يكن عليك منه شيء " [1] .

فقول النبي صلى الله عليه وسلم " انظر ولو خاتما من حديد " فيه دليل على وجوب التماس شيء يقدمه للمرأة ولو كان قليلا .

و إن كان المهر واجبا بالعقد إلا أنّه ليس شرطا ، ولا ركنا عند الجمهور عدا المالكية ، وإنّما هو أثر من آثار عقد الزواج فإذا تم العقد دون مهر صح ، ووجب للزوجة مهر المثل اتفاقا .

---

[1] البخاري، كتاب النكاح، ، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج ، مرجع سابق ، ج5 ص 1968، مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق، وجواز كونه تعليم القرآن وخاتم الحديد وغير ذلك من قليل و كثير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 1040

قال الشافعي : إنّ عقد النكاح بغير مهر مسمى صحيح[1] .

ودليل ذلك قوله تعالى ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة: 236 .

ووجه دلالة الآية إباحة الطلاق قبل الدخول وفرض المهر، ولا يكون الطلاق إلا في نكاح صحيح فدل على أنّ عدم تسمية المهر لا يمنع صحة عقد الزواج.

وما رواه الترمذي وغيره عن علقمة عن ابن مسعود أنّه سئل عن رجل تزوج امرأة ، و لم يفرض لها صداقا ، و لم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط[2] ، وعليها العدة ، ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق منّا مثل الذي قضيت ، ففرح بها ابن مسعود[3] .

وكذلك يصح للزوجة العقد مع نفي المهر كما لو قال لها تزوجتك بغير مهر، فالعقد صحيح و الشرط فاسد، فيبطل الشرط ويصح العقد ويجب مهر المثل.

---

[1]- محمد بن إدريس الشافعي، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1393هـ ،ج5 ص70 .

[2]- لا وكس ولاشطط: أي لا زيادة ولانقصان .محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق، ج1 ص42، ابن منظور ، مرجع سابق، ج6 ص257 .

[3]– سنن الترمذي ، كتاب النكاح عن رسول الله ، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ، مرجع سابق ،ج3 ص 450 ، أبو داود ، كتاب النكاح ، باب فمن تزوج و لم يسم صداقا حتى مات، مرجع سابق، ج 2 ص 237 ، أحمد بن شعيب النسائي ، السنن الكبرى دار الكتاب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1411هـ -1991م ، تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن ، كتاب النكاح ، باب إباحة التزويج بغير صداق ج 3 ص 217 ، ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك ، مرجع سابق ،ج1 ص 609 ، أحمد ، كتاب مسند المكثرين من الصحابة ، باب مسند عبد الله بن مسعود ، مرجع سابق ، ج 1 ص 447 .

قال ابن نجيم : لا يحتاج إلى ذكره ( المهر) لصحة النّكاح ، وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها " [1] .

قال ابن رشد : أجمع الفقهاء على أنّ نكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقد دون صداق لقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴾ البقرة: 236 ، لكنّ نكاح التفويض يشمل عند الجمهور حالة الاتفاق على عدم المهر ، وعدم تسمية المهر ،وعند المالكية فيقتصر على الحالة الثانية ،وأمّا الاتفاق على إسقاط المهر فيفسد الزواج "[2] .

وذهب المالكية في المشهور من المذهب إلى أنّ الصداق ركن من أركان الزواج.

قال خليل[3]: أركان النكاح أربعة ( ولي، وصداق، ومحل، وصيغة)[4]

وقال ابن جزي[5]: أركان النكاح خمسة ( الزوج، الزوجة، الولي، الصداق، والصيغة)[1] .

---

1– ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 3 ص 152.

2– القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار شريفة الجزائر، ج2ص63.

3- الشيخ خليل إسحاق بن موسى ، ضياء الدين الجندي ، فقيه مالكي ، من أهل مصر، كان يلبس زيّ الجند ، تعلم في القاهرة وولي الإفتاء على مذهب مالك ، له" المختصر- ط" في الفقه ، يعرف بمختصر خليل ، وقد شرحه كثيرون ، وترجم إلى الفرنسية ، و"التوضيح – خ " شرح به مختصر ابن الحاجب ، و" المناسك – خ " وغير ذلك . الزركلي ، مرجع سابق ، ج2 ص315 .

4– أحمد بن محمد الدردير ، مرجع سابق ، ج2 ص 220.

5- ابن جزيّ الكلبي محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ، ابن جزيّ الكلبي ، أبو القاسم ؛ فقيه من العلماء بالأصول واللغة ، من أهل غرناطة ، من كتبه " القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية – ط" بتونس ، و" تقريب الوصول إلى علم الأصول" ، و"الفوائد العامة في لحن العامة" ، و" التسهيل لعلوم التتريل – ط" تفسير ، و" وسيلة المسلم" في تهذيب صحيح مسلم ، و" البارع في قراءة نافع" وغير ذلك . الزركلي ، مرجع سابق ، ج5- ص325 .

وذهب بعض المحققين من المذهب كالإمام الدردير وغيره إلى أنّ الصداق شرط للصحة وليس ركنا من الأركان.

قال الدردير: وشرط صحة النكاح أن يكون بصداق، ولو لم يذكر حال العقد فلا بد من ذكره عند الدخول أو يقرر صداق المثل بالدخول[2] .

وسواء كان ركنا عندهم أو شرطا لصحته فلا يجوز الاتفاق على إسقاطه لئلا يؤدي ذلك إلى فساد العقد.

قال ابن جزي: ولا يجوز التراضي على إسقاطه ولا اشتراط سقوطه[3] .

وأما قانون الأسرة 84 فذهب إلى مذهب جمهور المالكية من اعتبار الصداق ركنا من الأركان جاء في المادة 9 قانون 84-11: يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة ، وشاهدين ، وصداق.

خلافا لقانون 2005 المعدل والذي يعتبره شرطا للصحة جاء في المادة 9 من قانون 05-02 : يعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين .

وأما المادة 9 مكرر: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1-أهلية الزواج.

2-الصداق.

3-الولي.

4-شاهدان.

5-انعدام الموانع الشرعية .

---

1- محمد بن أحمد ابن جزي ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية ، الطبعة الأولى ، سنة1420هـ - 2000م ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي ، ص 223.

2- الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج1 ص 375.

3- ابن جزي ، مرجع سابق ، ص 228.

يلاحظ أنّه في التعديل الجديد لم يبق على الأركان السابقة ، إلا على ركن الرضا ويعرف عن طريق الصيغة، وما عدا ذلك فهو من شروط الصحة ومنه الصداق أخذا بقول بعض المحققين في المذهب المالكي وذلك حتى يتفادى تناقضا وقع فيه في قانون 84 أنّه يعتبر الصداق ركن من الأركان ولا يرتب على إسقاطه البطلان ، وإنّما الفسخ ، وهذا يكون مع الشرط دون الركن .

والذي يترجح ما ذهب إليه المحققون من المذهب المالكي من اعتباره شرطا للصحة وليس ركنا بدليل جواز نكاح التفويض ، ولا يشترط ذكره في المجلس لقوله تعالى :

﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة: 236 ، إلا أنّه لا يجوز الاتفاق على إسقاطه أو اشتراط إسقاطه لقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ النساء: 4 .

## المطلب الثاني: تعجيل الصداق وتأجيله

إذا كان الصداق آثرا من آثار الزواج كما ذهب إلى ذلك جمهور الحنفية و الشافعية و الحنابلة ، فلا يلزم تقديمه عند إنشاء العقد أو قبل الدخول ، بل يجوز تأجيله أو تعجيله كله ، أو بعضه إلى أجل معين إذا تم الاتفاق على ذلك [1] .

فإن لم يكن هناك اتفاق بعد تسمية المهر يتبع عرف البلد الذي كان فيه، فإن كان العرف تعجيل الصداق عجله، و إن كان العرف التأجيل ، أو تأجيل بعضه أجله.

فإن لم يكن عرف مستقر استُحق جميع المهر في الحال لأنّه حكم من أحكام العقد ، والأصل في الأحكام أن تترتب على العقود في الحال غير متراخية عنها ، و لأنه عوض في عقد معاوضة فأشبه الثمن .

و إذا أطلق التأجيل انصرف إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الموت ، ووجهه أنّ المطلق يحمل على العرف ، و العرف في المهر الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة ، فحمل عليه فيصير حينئذ معلوما بذلك [2] .

وذهب الشافعية إلى أنّ المؤجل إلى أجل مطلق فاسد ، ولها فيه مهر المثل لأنّه عوض مجهول المحل ففسد ، وبه أخذ أبو الخطاب من الحنابلة[3] .

---

[1]- ابن نجيم زين ابن إبراهيم ، مرجع سابق ج 3 ص 190 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص 144 ، عبد الله بن أحمد ابن قدامة الكافي في فقه ابن حنبل ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1408هـ - 1988م ، الطبعة الخامسة ، تحقيق زهير الشاويش ، ج3 ص 91 ، ابن قدامة ،المغني ، مرجع سابق ،ج 7 ص 170 .

[2]- ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 170، ابن ادريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 9 ص 134.

[3]- الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 230 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 170 ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق ، ج 3 ص 92 ، ابن ادريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج5 ص 134 .

و أمّا إذا كان الأجل إلى مدة مجهولة كقدوم فلان أو نزول المطر ، فلا يصح عند الحنابلة وكذا الشافعية لجهالته ، و إنّما صح المطلق عند أكثر الحنابلة وهو قول الحنفية لأنّ أجله الفرقة بحكم العادة ، وهنا صرفه عن العادة بذكر أجل و لم يبينه فيبقى مجهولا [1]

وذهب المالكية إلى جواز تأجيل الصداق كله أو بعضه إلى الدخول [2] كقوله تزوجتك على مهر قدره كذا أدفعه كله أو بعضه عند الدخول، بشرط أن يكون الدخول وقته معلوما كالصيف، فإن لم يكن معلوما فسخ النّكاح قبل البناء ، ويثب بعد بصداق المثل .

وجاز أيضا التأجيل إلى ميسرة إن كان الزوج مليئا ، بأن كانت له سلعة يرصد بها الأسواق أو له معلوم في وقف أو وضيفة ، أمّا إن لم يكن مليئا فهو كالمؤجل إلى أجل مجهول يفسخ قبل الدخول ، ويثبت بعده بصداق المثل .

وذهب العدوى[3] من المالكية [4] إلى أنّ المنع يتعلق بتأجيله كله لا بعضه، فإذا أجل بعضه جاز.

وعلّة المنع عند المالكية حتى لا يتذرع النّاس إلى النكاح بغير صداق، ولمخالفته

---

[1]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 170 ، ابن ادريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 134 ،ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، مرجع سابق ، ج3 ص 92 .

[2]- الدردير ،الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 410، 411، الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج 2 ص 309.

[3]- العدوي –هو علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي ، فقيه مالكي مصري ، كان شيخ الشيوخ في عصره ولد في بني عدي بالقرب من منفلوط عام 1112ه ، وتوفي عام 1189ه بالقاهرة ، من كتبه حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن ابي زيد القيرواني ، وحاشية على شرح القاضي زكريا على ألفية العراقي في المصطلح ، وحاشية على شرح الجوهرة لعبد السلام ، وحاشية على شرح السلم للأخضري ، وتقريرات على شرح السنوسية للمصنف . الزركلي ، مرجع سابق ، ج4- ص260 .

[4]- محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، دار الفكر ، تحقيق محمد عليش ، ج2 ص 309 .

فعل السلف [1] .

وذهب الظاهرية [2] إلى أنّه لا يجوز تأجيل المهر أو بعضه سواء سمى الأجل أو لم يسمّ .

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾ النساء: 4، فقالوا أن من شرط أن لا يؤتيها مهرها ، أو بعضه مدة فقد اشترط خلاف ما أمر الله به في القرآن .

وقوله صلى الله عليه وسلم « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط " [3] .

وقوله صلى الله عليه وسلم " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " [4] .

و أمّا قانون الأسرة فذهب مذهب الجمهور في جواز تعجيل أو تأجيل الصداق كله أو بعضه ، شريطة أن لا يكون إلى أجل مجهول ، وأن يحدد في صيغة العقد جاء في المادة 15 من قانون 05-02 : يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل .

---

[1]- الدسوقي ، مرجع سابق ، ج2 ص 309 ، الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج2 ص 309 .

[2]- علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم ، المحلي ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، ، ج9 ص 491.

[3]-البخاري ، كتاب الصلاة ، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 759 ، صحيح مسلم، كتاب العتق ، باب الولاء لمن أعتق ، مرجع سابق ، ج2 ص 1141.

[4]- البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول عليه السلام فحكمه مردود ، مرجع سابق ، ج 2 ص 753، مسلم ، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ، مرجع سابق ، ج3 ص 1343 .

وجاء في قرار المحكمة العليا : قرار210422:إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند التزاع يقضي للزوجة بصداق المثل.

و متى تبين–في قضية الحال–أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ماعدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض و القصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

وفي حالة حدوث خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق يؤخذ بقول الزوجة جاء في قرار المحكمة العليا تأكيدا على ذلك قرار 44058:متى كان من المقرر شرعا أنه في حالة نشوء خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق، يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل بها و بعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه.

إذا ما تمت مخالفة هذا المبدأ، يستوجب نقض القرار الذي قضى على الزوج برد مؤخر الصداق المتنازع عليه.

وسواء أجاز التأجيل إلى الدخول أو إلى اجل معلوم ، فإنه يتعجل المؤجل من الصداق وجوبا إذا حدث الطلاق البائن بين الزوجين ، وكذلك حالة الوفاة فيثبت المؤجل في تركته إن كان المتوفي هو الزوج ، و إن كانت المتوفية هي الزوجة كان لورثتها أن يطالبوا الزوج و يكون المهر جزء من تركتها يقتسمونه فيما بينهم .

وجاء في قرار المحكمة العليا قرار45301:من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول و لم يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق و من ثم فإن على القرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد.

و لما كان من الثابت –في قضية الحال–أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقا سليما.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

والذي يترجح في هذه المسألة مذهب المالكية من كراهة التأجيل إلى ما بعد الدخول لمخالفته لفعل الصحابة الكرام رضوان الله عليهم .

ولأنّ فكرة التأجيل مبنية على المغالاة في المهور إلى حدّ لا يمكن للزوج أن يقدمه حالا فكان الحل التأجيل ، ونجم عن هذا التأجيل إشكالات كبيرة أهمها أنّ المؤجل يفقد قيمته الشرائية مع مرور الزمن ، حتى إذا أرادت المرأة المطالبة به في حالة الطلاق يكاد لا يكون شيئا ذا بال ، وخاصة في بعض البلدان التي شهدت تدهورا خطيرا في عملتها المحلية ، مما أدى إلى إشكالات كبيرة أمام القضاء ، ولذلكّ قبضها له قبل الدخول كما يؤكد على ذلك المالكية يمكّنها من استهلاكه بقيمته رفعا لكل التباس ، أو إشكال يقع لاحقا .

## المطلب الثالث : مسقطات الصداق

### الفرع الأول: سقوط كل الصداق:

يسقط كلّ المهر إذا حصلت الفرقة قبل الدخول الحقيقي ، أو الحكمي ويكون في الحالات التالية :

1-إذا كانت الفرقة من جهة الزوج وكانت استعمالا لحق شرعي أعطاه الشارع إياه كالفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة ، وكان قبل الدخول والخلوة لأنّ هذه الفرقة تكون فسخا للعقد ، وفسخ العقد قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر[1] ، لأنّ فسخ العقد رفعة من أصله وجعله كأن لم يكن فلا تترتب عليه التزامات ما لم يحصل دخول .

وإنّما اعتبر ذلك الفسخ رفعا له من أصله لأنّ سبب الفسخ أمر يتصل بإنشاء العقد نفسه ، فإذا حصل الفسخ فقد عاد على أصل العقد بالنقض ، فلو أوجبنا نصف المهر بخيار البلوغ أو الإفاقة لم يكن للخيار فائدة بالنسبة للزوج، لأنّه لو طلق لما وجب عليه إلا نصف المهر.

2- إذا كانت الفرقة من جانب المرأة وكانت استعمالا لحق شرعي كاختيارها نفسها بالبلوغ أو الإفاقة[2] ، لأنّ هذه الفرقة تعتبر نقضا للعقد من أصله فوق أنّها من جانبها بغير سبب من الزوج ، فلا تستحق معها شيئا من المهر ما دام لم يؤكد.

---

[1]- ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 3 ص 129، 130، ابن عابدين، مرجع سابق ، ج 3 ص 283، علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1982م ج 2 ص 336 .

[2]- ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 3 ص 129، 130، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 284، الكساني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 336.

3 -كذلك يسقط كل المهر إذا كانت الفرقة فسخا من جانب المرأة وكانت بمعصية منها كردتها[1]، أو إبائها الإسلام إن كانت مشركة وأسلم زوجها، فانّ ذلك يسقط مهرها، لأنّ المعصية لا توجب حقا ، ولأنّ الفسخ جاء من قبلها و لم يكن بسبب الزوج.

4 - الإبراء عن كل المهر قبل الدخول وبعده إذا كان دينا ، لأنّ الإبراء إسقاط ، والإسقاط ممن هو أهل له في محل قابل للسقوط يوجب السقوط .

5 - فسخها العقد لعيبها لأنّها قد أبلغت المعوض قبل التسليم فسقط العوض وان كان الزوج هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة، وأمّا إن فسخت هي فهي المختارة للفرقة [2].

وقال الحنابلة[3] : إذا أبرأت المرأة الزوج من صداقها ، ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه ، لأنّ عود نصف الصداق إلى الزوج بالطلاق ، وهو غير الجهة المستحق بها الصداق أولا ،فهو كما لو أبرأ إنسانا من دين عليه ، ثم استحق عليه مثل ما أبراه منه بوجه آخر فلا يتساقطان بذلك.

---

[1]- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ،منار السبيل ، مكتبة المعارف ،الرياض ، سنة النشر 1405هـ ، الطبعة الثانية ، تحقيق عصام القلعجي، ج 2 ص 178 ، ابن ادريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 158 ، محمد الخطيب الشربيني ، الإقناع للشربيني ، حقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر ، بيروت ، سنة 1415هـ ، ت – دار الفكر ، ج 2 ص 426 ، البجيري ، مرجع سابق ، ج 3 ص 422 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 241 ، ابن نجيم زين بن إبراهيم ،مرجع سابق ، ج 3 ص 158 ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 10 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 234 .

[2]- الشربيني ، الإقناع للشربيني، مرجع سابق ، ج2 ص426 ، الشربيني ، مغني المحتاج مرجع سابق ، ج3 ص 234 ، منصور بن يونس ابن ادريس ، الروض المربع ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، سنة 1390هـ ، ج3 ص116 ، ابن ضويان ، مرجع سابق ، ج2 ص 177 .

[3]- ابن ضويان ، مرجع سابق ، ج2 ص177 ، إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع ، المكتب الإسلامي ، بيروت سنة 1400هـ ، ج7 ص159 ، علي بن سليمان ، الإنصاف للمرداوي ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ، ج8 ص257 .

6- إذا وقع عقد الزواج فاسدا في القانون لاختلال شرط من شروط صحته ، أو وجود مانع من موانعه الشرعية فإنّه يسقط كلّه إذا تمّ الفسخ قبل الدخول كما جاء في المادة 32 من قانون 05-02 الفقرة الثانية : إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق ، ويثبت بعد الصداق بصداق المثل .

**الفرع الثاني: سقوط نصف الصداق:**

يسقط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي ، أو حدث من الزوج ما يقوم مقام الطلاق في التفريق كارتداده عن دينه ، وتقبيله ومعانقته لأم امرأته قبل الدخول ، أو الخلوة وكانت هناك تسمية وقت العقد [1] لقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ البقرة: 237 فالله سبحانه أوجب بهذه الآية نصف المهر إذا طلق قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فان لم يسم لها مهرا كانت لها المتعة لقوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة: 236 .

وأمّا لو وقع الطلاق قبل الدخول الحقيقي وبعد الخلوة ، أو الدخول الحكمي فهل تستحق المرأة فيه نصف المهر كالحالة الأولى أم لا[2] ؟

فالذي ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه وأحمد [3] أنّها توجب المهر كاملا إذا كانت الخلوة صحيحة وطئ أو لم يطأ ادعته المرأة أو لم تدعه ، إلا أن يكون أحدهما محرما ، أو

---

[1]- ابن ضويان ، مرجع سابق ، ج 2 ص 177 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 7 ص 159 ، المرداوي ، مرجع سابق ، ج 8 ص 275 .

[2]- ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ج 3 ص 158، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 110.

[3]- ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 3 ص 162 ، محمد بن أبي سهل السرخسي ، المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1406هـ ، ج 5 ص 150 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 332 ، ابن إدريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 150 ،ابن قدامة ، المغني ج ، مرجع سابق ، 7

مريضا ، أو صائما فرضا أو كانت المرأة حائضا ، فان كانت الخلوة في هذه الحال ثم طلق لم يجب لها إلا نصف المهر ، وفي رواية أخرى للإمام أحمد [1] أنّ المهر يستقر كاملا للمرأة بمجرد الخلوة وان كان لأحدهما مانع من الوطء كالإحرام ، والصيام ، والحيض ، أو مانع حقيقي كالجب والعنة والرتق في المرأة .

واستدلوا على ذلك :

1- قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾ ﴾ النساء: 20-21 .

فالله تعالى نهى عن أخذ شيء من المهر بعد الإفضاء ، والإفضاء : الخلوة دخل أو لم يدخل ، لأنّ الإفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض ، وهو الموضع الذي لا نبات فيه ، ولا بناء ، ولا حاجز يمنع عن إدراك ما فيه ، فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه ، وهي التي لا حائل فيها ، ولا مانع من الاستمتاع عملا بمقتضى اللفظ [2] .

---

ص 191 ، الكساني ، ج 2 ص 292 ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري ، الاستذكار، تحقيق : سالم محمد عطا ، محمد علي معوض ، دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ، 2000 ، ، ج5 ص435 ، ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 22 ، محمد بن أحمد بن فرح القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق أحمد بن عبد العليم البردوني، دار الشعب ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 1372هـ ، ، ج 5 ص 102 ، أ د. وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الرابعة معدلة ، سنة 1418هـ - 1997م ، ج 9 ص 6837 .

[1]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 192.

[2]- الكساني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 292، السيواني ، مرجع سابق ، ج 3 ص 332، ابن قدامة ، مرجع سابق ، المغني ج 7 ص 191، ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 150.

2- ما رواه الدار قطني عن عبد الرحمان بن ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل بها"[1]

3- ما رواه البيهقي عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنّه من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب الصداق والعدة [2] .

4- ما رواه مالك عن يحي بن سعيد بن المسيب أنّ عمر بن الخطاب قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنّه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق[3] .

5- القياس على تسليم السلعة المبيعة إلى المشتري أنّه يلزمه ثمنها ، فكذلك المرأة إذا سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل كامل وهو المهر[4]

وذهب مالك وأصحابه الى أنّ الخلوة بنفسها لا توجب المهر إلا إذا ادعت المرأة أنّه مسها في خلوة الاهتداء[5] ، فإنها تصدق بيمين ،لأنّه قل أن يخلو فيها أحد من الوطء ، ولو كانت متلبسة بمانع شرعي بحيض أو إحرام.

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1-قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ

---

[1]- الدار قطني ، كتاب النكاح ، مرجع سابق ، ج 3 ص 307 ، البيهقي ، كتاب النكاح ، باب من أغلق بابا وأرخى سترا فقد وجب الصداق ، مرجع سابق ، ج 7ص 256 ، وعلق البيهقي عليه بقوله هذا منقطع وبعض رواته غير محتج به .

[2]- البيهقي ، كتاب النكاح ، باب من أغلق بابا وأرخى سترا فقد وجب الصداق ، مرجع سابق ، ج 7 ص 255 .

[3]- مالك ، كتاب النكاح ، باب إرخاء الستور ، مرجع سابق ، ج 2 ص 528 .

[4]- ابن عبد البر ، الاستذكار، مرجع سابق ، ج5 ص436 .

[5]- محمد بن عبد الرحمان الحطاب، مواهب الجليل ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1398هـــ ، ج 3 ص 507،الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 413، الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج 2 ص 301، ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 23 .

﴿ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة: 237 ، والمس هو الجماع [1]، فالآية تدل على أنّ من طلق و لم يمس لا يلزمه غير نصف المهر خلا بها أو لم يخل.

2- وأمّا ما رواه مالك عن سعيد بن المسيب أنّ عمر بن الخطاب قضى في المرأة إذا تزوجها أنّه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق[2].

وما رواه عن ابن شهاب أن زيد بن ثابت كان يقول إذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليها الستور فقد وجب الصداق[3].

فقد حمل مالك هذه الروايات على حالة ادعاء المرأة المسيس في الخلوة [4] ، لا على مجرد الخلوة فإذا ادّعت المرأة أنّه قد مسّها صدقت بيمين على الرجل أخذا بهذه الروايات . وأما إذا اتفقا أنّ لا مسيس لم توجب الخلوة مع إغلاق الباب و إرخاء الستور شيئا من المهر لقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة: 237

---

[1] – الاهتداء : من الهدوء والسكون ، لان كل واحد من الزوجين سكن للآخر واطمأن إليه، وخلوة الاهتداء هي المعروفة عندهم بإرخاء الستور، كان هناك إرخاء أو غلق بابا أو غيره ، الصاوي على الشرح الصغير ج 1 ص 413 .

[2] – مالك ، كتاب النّكاح ، باب إرخاء الستور ، مرجع سابق ، ج2 ص528 .

[3] - مالك ، كتاب النّكاح ، باب إرخاء الستور ، مرجع سابق ، ج2 ص528 .

[4] - سليمان بن خلف بن سعد الباجي ، المنتقى شرح موطأ مالك ، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 1999م ، ج 5 ص 58.

وذهب الشافعي في الجديد و داود من الظاهرية[1] إلى أنّه إذا خلا بها و لم يجامعها ثم طلق فليس لها إلا نصف الصداق ، ولا عدة عليها ، وهو مروي عن ابن عباس و ابن مسعود ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1-قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة: 237.

فالآية تدل بمنطوقها على أنّ المرأة التي لم يجامعها زوجها بعد العقد ، لا تستحق منه عند الطلاق إلا نصف المهر خلا بها أو لم يخل .

2-قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾ ﴾ النساء: 20-21 .

فالآية تنهى عن أخذ شيء من المرأة بعد الإفضاء إليها و الإفضاء بمعنى الجماع كما قال ابن عباس لأن الله كريم [2] يكنى ، وحينئذ يكون وجوب نصف المهر بالطلاق قبل الإفضاء و الجماع عملا بمقتضى الآية السابقة .

---

[1]- الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج3 ص 225 ، محمد بن محمد الغزالي، الوسيط ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة 1417هـ ، ،ج5ص 226 ، أبو زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1405هـ .
ج7 ص 263 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 191 ، ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 22 ، ابن عبد البر ، الاستذكار، مرجع سابق، ج5 ص436 ، الزحيلي ، مرجع سابق ، ج9 ص 6836 .

[2]- البيهقي، باب الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس ، مرجع سابق ، ج7 ص 254،255 .

3-ما رواه البهيقي عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّه قال في الرجل يتزوج المرأة يخلو بها فلا يمسها ، ثم يطلقها ليس لها إلا نصف الصداق لأنّ الله تعالى يقول :

﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة: 237 .

4-ما رواه البيهقي عن الشعبي عن عبد الله بن مسعود قال " لها نصف الصداق و إن جلس بين رجليها " [1] .

أمّا قانون الأسرة فبين أنّ المرأة تستحق المهر كلّه بالدخول كما جاء في المادة 16 من قانون 84-11 : تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول ، أو بوفاة الزوج ، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 27-1-1986:متى كان من المقرر شرعا أن عقد الزواج الصحيح و الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق سواء قبل البناء أو بعده، فإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول بها وجب عليه نصف المهر.

إذا أثبت المدعي دعواه بالبينة قضى له، وأن عجز عن الإثبات بالبينة يعرض اليمين على المدعي عليها.

و للحكم بخلاف ذلك، استوجب نقض القرار الذي رغم عجز الزوج عن الإثبات بالبينة لدفعه كامل الصداق و لم يعرض اليمين على الزوجة و حكم على المطلق بدفعه تعويضا لها.[2]

---

[1]- القرطبي ، مرجع سابق ، ج5 ص 102 .

[2]- قرار رقم 39022بتاريخ 27-1-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989، العدد الأول ، ص105.

وجاء في قرار المحكمة بتاريخ 9-5-1988:من المقرر فقها و شرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول و اختلاء الزوج بها و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة.

و لما كان ثابتا-في قضية الحال-أن الزوج لم يدخل بزوجته بعد انتقالها إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال مما يتعذر إتمام الخلوة و من ثم فإن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق و استحقاق الزوجة لكامل الصداق يكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشرعية و انتهك النصوص القانونية.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

وجاء قرار4 المحكمة العليا بتاريخ 13-7-1993: من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا و غيرها. و لا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.

و لما ثبت-من قضية الحال-أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج و بدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن و الحالة هذه تحيل المطعون ضده-بالخسائر و الأضرار المترتبة عن ذلك، و إن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق، و إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضاءهم و يتوجب رفض الطعن[2].

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 16-10-1993:من المقرر قانونا أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق.

---

[1]-- قرار رقم 49283بتاريخ 9-5-1988 ، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1992، العدد الثاني، ص 44.

[2]- قرار رقم 92714بتاريخ 13-7-1993 ، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1995، العدد الأول ، ص128.

و لما كان ثابتا–في قضية الحال–أن قضاة الموضوع طبقوا المادة05 من قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء و قضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس أن العدول عن الخطبة كان من طرف الطاعنة رغم أن عقد الزواج قد تم بين الطرفين، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون.

مما استوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 24-9-1996:من المقرر قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو وفاة الزوج و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول.

و لما كان ثابتا–في قضية الحال–أن الزوجة طلقت قبل البناء فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسخا و الحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه، خالفوا أحكام المادة 16 من قانون الأسرة.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه [2].

ولكنّه لم يفسر لنا معنى الدخول وهل المراد به الحقيقي ، أو يشمل كذلك الحكمي وهو الخلوة ، ولكن بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا وجدناها تعتبر الخلوة الصحيحة نوع من الدخول وهو الدخول الحكمي ، وعليه جرى العمل في محاكمنا ، وهو مذهب الحنفية وأحمد .

---

[1]- قرار رقم 96801بتاريخ 16-10-1993 ، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، عدد خاص، ص 266.

[2]- قرار رقم 143725بتاريخ 24-9-1996 ، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، عدد خاص، ص 269.

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 ما يلي :

من المتفق عليه فقها أنّ الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثمّ فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجته غير مبرر ويستوجب رفضه.

ولما كان ثابتا من وقائع الدعوى أنّ الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء قضاء شهر العسل ، و في الداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة في فراش واحد ، الأمر الذي يتقرر به كامل الفراش ، ويترتب عليه توابع العصمة ، وبما أنّ قضاة الاستئناف اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحا وصرحوا بالطلاق بينهما ، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا سببوا قرارهم وخولوه أساسا شرعيا .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1] .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/06/18 ما يلي :

من المقرر شرعا وقانونا أنّه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين ، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها ، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول ومن ثمّ فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن أبرم عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية المفترض فيه توفر الشروط المطلوبة ، وأن المحكمة تأكدت من وقوع الدخول و الخلوة بين الزوجين فإن القاضي الذي منحها جميع توابع العصمة و الصداق بعد الطلاق طبق الشرع و القانون تطبيقا سليما[2] .

---

[1]- قرار رقم 35107بتاريخ 19-11-1984 ، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1990، العدد الثاني، ص 55.

[2]- قرار رقم 74375 بتاريخ 18-6- 1991، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993، العدد الأول، ص 61.

فإذا وقع خلاف على المسيس أثناء الخلوة المرأة تدعيه والزوج ينكره فالقول قولها بيمينها وهو ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ19-11-84:من المقرر شرعا أن إثبات أو نفي إدعاء الزوج عدم المساس، و إدعاء الزوجة المسيس يوم الدخول بها، يكون فيه الحكم، القول قولها بيمينها أن حلفت استحقت الصداق كاملا و إن نكلت حلف الزوج و تشاطر صداقها، فغن نكل صدقت هي و استحقت كامل صداقها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قضاء منعدم التسبيب و مخالف لقواعد شرعية.

و لما كان المجلس القضائي أهمل تطبيق هذه القاعدة و سكت عنها و اكتفى بالقضاء على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية الذي خرجت منه، فإنه بهذا القضاء أنزل عمله منزلة عدم التسبيب و خالف قواعد شرعية.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

و الذي يترجح مذهب المالكية جمعا بين القولين وهو أنّ الخلوة بنفسها لا توجب المهر لصريح قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة: 237.

ولكن إذا ادعت المرأة الوطء في الخلوة الصحيحة ، وهي التي يسميها المالكية بخلوة الاهتداء فإنّها تصدق بيمين ، لأنّ الرجل متى خلا بامرأته أول خلوة مع الحرص عليها، و التشوف إليها فإنّه قلّما يفارقها قبل أن يصل إليها، ويمكن أن نستعين بالطب في هذه الحالة، وخاصة إن كانت المرأة بكرا.

---

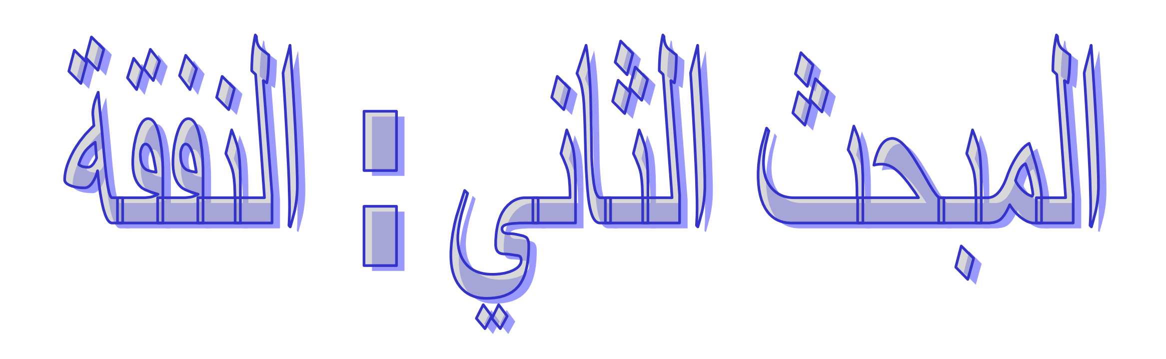
[1]- قرار رقم 34262 بتاريخ 19-11-1984، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1990، العدد الأول، ص 75.

وبهذا نجمع بين ظاهر النص وهو قوله تعالى ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٧﴾ ﴾ البقرة: 237 .

وبين ما ذهب إليه كثير من الصحابة كعمر و زيد بن ثابت و ابن عمر ومعاذ وغيرهم حتى حكى الطحاوي[1] الإجماع بين الصحابة أنّ من أغلق بابا و أرخى سترا فقد وجب الطلاق [2] .

[1]- هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ، إليه انتهت رياسة أصحاب أبي حنيفة، بمصر أخذ العلم عن أبي جعفر بن أبي عمران ، وعن أبي حازم وغيرهما ، وكان شافعيا يقرأ على أبي إبراهيم المزني فقال له : واللّه لا جاء منك شيء فغضب أبو جعفر من ذلك ، وانتقل إلى أبي جعفر بن أبي عمران، صنف مختصره وصنف اختلاف العلماء والشروط وأحكام القرآن ومعاني الآثار، ولد سنة ثمان وثلاثين ومائتين ، ومات سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة . الشيرازي ، مرجع سابق ، ج1- ص 148 .

[2]- ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 3 ص 162، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 332، الكساني ، مرجع سابق ، ج2 ص 292.


المبحث الثاني : النفقة

## تمهيد :

النفقة واجبة للزوجة لقوله تعالى :﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ ﴾ البقرة: 233 .

وتجب بالعقد وهو مذهب الحنفية لوجود الاحتباس من المرأة، أو بالدخول ، أو دعوته إلى الدخول وهو مذهب الجمهور.

والدخول قسمان : حقيقي ، وحكمي وهو الخلوة بالمرأة أوما يسميه المالكية بخلوة الاهتداء .

والنفقة لها مقدار تطالب المرأة به ، ولا يصح أن ترهق الزوج أو أن تطالبه بالتطليق إذا وفر لها ما هو معتبر في العرف والعادة ، ولكن الإخلال من جانبه يعرضه للمسائلة القضائية .

وهذا ما نبينه في هذا المبحث الذي قسمته إلى المطالب التالية :

**المطلب الأول: مفهوم النفقة**

**المطلب الثاني : شروط النفقة**

**المطلب الثالث : مقدار النفقة**

**المطلب الرابع : نفقة المطلقة**

**المطلب الخامس : حكم الإخلال بالنفقة**

## المطلب الأول : مفهوم النفقة

### الفرع الأول: تعريف النفقة

**1- النفقة لغة :**

النفقة لغة مشتقة من النفوق وهو الهلاك ، يقال نفقت الدابة نفوقا هلكت و ماتت ، و من النَفاق و هو الرواج ضد الكساد ، و في الحديث الشريف " اليمين الكاذبة منفقة للسلعة ممحقة للكسب" [1] أي مظنة لنفاقها ، أو النقصان والنفاذ يقال نفق ماله و دراهمه و طعامه نفقا و نفاقا نقص و قلّ ، و قيل فني و ذهب وأنفق الرجل إذا افتقر و منه قوله تعالى : ﴿ قُل لَّوْ أَنتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَآئِنَ رَحْمَةِ رَبِّيٓ إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ ٱلْإِنفَاقِ ۚ وَكَانَ ٱلْإِنسَٰنُ قَتُورًا ﴾ الإسراء: 100، أي خشية الفناء و النفاذ [2] و أنفق المال صرفه و منه قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنفِقُوا۟ مِمَّا رَزَقَكُمُ ٱللَّهُ قَالَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ لِلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَنُطْعِمُ مَن لَّوْ يَشَآءُ ٱللَّهُ أَطْعَمَهُۥٓ إِنْ أَنتُمْ إِلَّا فِى ضَلَٰلٍ مُّبِينٍ ﴾ يس: 47 .

و النفقة المرادة هنا ليست مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك ، و لا من النفاق بمعنى الرواج أوالنفاذ و إنّما هي اسم لما يصرفه أو ينفقه الرجل على أهله ، وعياله و نفسه ، و منه قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَنفِقُوا۟ مِمَّا رَزَقْنَٰكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِىَ يَوْمٌ لَّا بَيْعٌ فِيهِ وَلَا خُلَّةٌ وَلَا شَفَٰعَةٌ ۗ وَٱلْكَٰفِرُونَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ البقرة: 254 .

---

[1] -صحيح ابن حبان ، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، الطبعة الثانية ، 1993 ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، ج 11 ص 271 ، سنن البيهقي كتاب البيوع ، باب كراهية اليمين في البيع ، مرجع سابق ، ج 5ص265، أحمد ، كتاب مسند المكثرين ، باب مسند أبي هريرة ، مرجع سابق ج2 ص 235 .قال شعيب الأرناؤوط إسناده صحيح على شرط مسلم .

[2] - ابن منظور ، مرجع سابق، ج 10 ص 358، محمد بن أبي بكر الرازي ،مرجع سابق ، ج 1 ص 280 .

**2- تعريف النفقة شرعا :**

عرفها ابن عابدين بقوله الإدرار[1] على شيء بما فيه بقاؤه[2] .

و عرفها ابن عرفة [3] المالكي : ما به قوام معتاد[4] حال الآدمي[5] دون سرف[6] .

و عرفها الحنابلة بأنّها : كفاية من يمونه خبزا و أدما و كسوة و مسكنا و توابعها[7] .

و أمّا قانون الأسرة فلم يعرف النفقة وإنما اقتصر على بيان حكمها وأنواعها .

أمّا حكمها فورد في المادة 74 من قانون الأسرة 84 : تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 - 79 - 80 من هذا القانون

وأمّا أنواعها فجاءت في المادة 78 من قانون الأسرة 84 : تشمل النفقة الغذاء ، والكسوة والعلاج ،والسكن ، أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .

فالنفقة نصّ القانون على تنوعها حتى تلبي حاجات المرأة المختلفة .

---

[1]- الادرار : الانفاق

[2]- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 572 ، السيواسي ،مرجع سابق، ج 4 ص 378 .

[3]- **ابن عرفة**-محمد بن أحمد بن عرفة المالكي،من علماء العربية ، من دسوق بمصر، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة سنة 1230ه، كان من المدرسين في الأزهر له كتب منها: الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك،وحاشية على مغني اللّبيب مجلدان،وحاشية على السّعد التفتازاني مجلدان، وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، حاشية على شرح السنوسي لمقدمة أم البراهين. الزركلي ، مرجع سابق ، ج6- ص17.

[4]- معتاد : قيد يخرج منه ما ليس بمعتاد في قوت الآدمي كالحلوى و الفواكه فإنه ليس بنفقة شرعية.

[5] -حال الآدمي : قيد أخرج به ما به قوام غير الأدمي كالتبن للبهائم .

[6] -دون سرف : و السرف الزائد على العادة بين الناس بأن يكون زائدا على ما ينبغي فليس بنفقة شرعية و لا يحكم به الحاكم . الدردير ، الشرح الصغير ، ، ج1 ص 517 .

[7] – ابن إدريس ، الروض المربع ، مرجع سابق ، ج 3 ص 224 ، ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج5 ص 459 .

## الفرع الثاني: حكم النفقة :

نفقة الزوجة واجبة على زوجها مسلمة كانت أم كافرة إن دخل بها الزوج ، أو دعته إلى الدخول عند الجمهور المالكية و الشافعية و الحنابلة[1]، و ذهب الحنفية [2]إلى وجوبها بالعقد ولو لم يدخل بها ما لم تمنعه من ذلك لوجود الاحتباس حكما .

و دليل الوجوب الكتاب و السنة و الإجماع والقياس.

**أما الكتاب**

1-قوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ ﴾ البقرة: 233 .

و وجه دلالة الآية أن الضمير في قوله تعالى " و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " راجع إلى قوله تعالى " و الوالدات " و المراد بهن المطلقات ، أو الزوجات أو هما معا فبين الله سبحانه و تعالى أن نفقة و كسوة الزوجة أو المطلقة واجبة لها على المولود له و هو الزوج أو المطلق [3] .

---

[1]- الحطاب ،مرجع سابق، ج2 ص 182 ، الدسوقي ، مرجع سابق ،ج2 ص 508 ، الدردير،الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 408 ابن عبد البر ،الاستذكار ج، مرجع سابق ، 6 ص 165 ، الشربيني ،مغني المحتاج ، مرجع سابق ،ج 3 ص 426 ، الشربيني ،الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ،ج 1 ص 142 ، ، البجيرمي ج 4 ص 106 ، مرجع سابق، ، ابن مفلح ،مرجع سابق ، ج 8 ص 186 ، ابن قدامة ،المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 156 ، عبد الله بن أحمد ابن قدامة ،الكافي في فقه ابن حنبل، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1988م ، الطبعة الخامسة ، ، ج3 ص 354 ، ابن ضويان ، مرجع سابق ، ج 2 ص 266 .

[2] – ابن عابدين مرجع سابق ، ج 3 ص 572 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 378 ، علي بن أبي بكر المرغياني، الهداية شرح البداية ، المكتبة الإسلامية ، بيروت ج 2 ص 39، ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 4 ص 188 .

[3] – القرطبي ، مرجع سابق ، ج3 ص160 .

2-و قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ الطلاق: 6،و وجه دلالة الآية أنها نزلت في شأن المطلقات ، و إذا كان إسكان المطلقات واجبا فإسكان الزوجات من باب أولى و الأمر بإسكان أمر بالإنفاق لأنّ الزوجة لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج و الاكتساب[1] .

**السنة:**

1- ما رواه مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال في حجة الوداع " فاتقوا الله في النساء فإنّكم أخذتموهن بأمانة الله و استحللتم فروجهن بكلمة الله و لكم عليهن ألا يطئن فرشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح و لهن عليكم رزقهن و كسوهّن بالمعروف" [2] .

و وجه دلالة الحديث أنّ قوله عليه الصلاة و السلام " و لهنّ عليكم رزقهن وكسوهّن بالمعروف " صريح في وجوب الإطعام و الكسوة للزوجة على زوجها بالمعروف" [3].

2- ما رواه البخاري عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح ، و ليس يعطيني ما يكفيني و ولدي إلا ما أخذت منه و هو لا يعلم فقال: " خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف " [4] .

و وجه دلالة الحديث أن النبي صلى الله عليه و سلم أباح لامرأة أبي سفيان أن تأخذ من ماله بدون إذنه لتكملة النفقة القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية ، و إباحة ذلك تدل

---

[1] - الكساني ،مرجع سابق ، ج3 ص210 .

[2] - مسلم ،كتاب الحج ، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ، مرجع سابق ،ج2 ص889 .

[3] - أبو زكريا يحي بن شرف النووي، شرح صحيح مسلم ، دار إحياء التراث ، العربي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1392هـ ، ج8 ص184 .

[4] - البخاري ، كتاب النفقات ، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها و ولدها بالمعروف، مرجع سابق ، ج5 ص 2052 ، مسلم ، كتاب الأقضية ، باب قضية هند ، مرجع سابق ، ج 3 ص 1339 .

على أن ما يكفيها حق واجب عليه يجوز لها أن تأخذه كاملا إذا امتنع عن أدائه لها[1] .

**القياس** : و أمّا القياس فإنّه من القواعد المقررة في الفقه أنّ من حبس لحق غيره كانت نفقته واجبة عليه ، فالمفتي و الوالي والقاضي وغير هؤلاء من العاملين في الدولة نفقاتهم تجب في بيت المال لأنهم حبسوا أنفسهم عن طلب الرزق لمنفعة الدولة فحق عليها أن تقدم لهم ما يكفيهم و أهلهم بالمعروف، و لقد حبست الزوجة نفسها للقيام على البيت ،ورعاية شؤونه فحقت لها النفقة جزاء الاحتباس[2] .

**الاجماع:** وأمّا الإجماع فقد انعقد إجماع المسلمين على ذلك من عهد النبي صلى الله عليه وسلم و لم يخالف في ذلك أحد[3] .

وأمّا قانون الأسرة فقد ذهب مذهب الجمهور من الاعتماد على نظرية التمكين من وجوب النفقة بالدخول ، أو الدعوة إلى الدخول خلافا للحنفية الذين تمسكوا بنظرية العقد فأوجبوا النفقة بمجرد الدخول ولو لم يدخل بها .

جاء في المادة 74من قانون 84-11: تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.

فالنفقة تجب في القانون بالدخول الحقيقي ، أو الحكمي بالمرأة ، أو استعجال الزوج إلى الدخول بها ، وأمّا قبل الدخول فتظل النفقة واجبة على والدها بنص المادة

---

[1] – أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، فتح الباري شرح صحيح البخاري دار المعرفة – بيروت ، 1379، تحقيق : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ،ج9ص510 .

[2]– ابن عابدين ، مرجع سابق، ج 3 ص 572 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 378 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 185 ، ابن ضويان ، مرجع سابق ، ج 2 ص 266 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ج 8 ص 156 ، ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 460 ، محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي . ، الطبعة الثالثة ص 270.

[3]– ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 156 .

75من قانون 84-11 : تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سنّ الرشد والإناث إلى الدخول .

## المطلب الثاني: شروط النفقة

يشترط لاستحقاق النفقة الواجبة على الزوج الشروط التالية :

1-أن يكون الزواج صحيحا ، فإن كان فاسدا فلا تستحق الزوجة النفقة ، لأنّ الواجب على الزوجين الافتراق حينئذ فلا يتحقق حق الاحتباس للزوج.

فلو أنفق الزوج على زوجته في العقد الفاسد ثّم تبين له فساد العقد كان له الرجوع على زوجته بما أنفقه [1] .

2-أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة ولتحقيق الأغراض الزوجية ، فإن كانت الزوجة صغيرة فلا نفقة لها لأن الحقوق تقابل الواجبات[2] ، و هذا الشرط لا مجال لتطبيقه في زمننا بعد أن منع القانون تزويج الصغار.

جاء في المادة 7 من قانون 84-11 : تكتمل أهليه الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .

3- أن تمكن المرأة نفسها لزوجها،و يتحقق التمكين عند الجمهور بالدخول بالمرأة أو دعوته إلى الدخول [3] .

---

[1]- السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 378 ، عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، دار المعارف ، مصر ، الطبعة الثالثة ، سنة النشر 1962 ،ص333 .

[2]- إبراهيم بن علي الشيرازي المهذب ، دار الفكر ، بيروت ، ج 2 ص7 ، عمر عبد الله ، مرجع سابق ، ص333

[3]- الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 1 ص 42 الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 159 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 426 ، البجيرمي، مرجع سابق ، ج 4 ص 106 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 186 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 156 ، ابن قدامة ، الكافي فقه ابن حنبل، مرجع سابق ، ج 3 ص 354 ، الدسوقي ، مرجع سابق ، ج 2 ص 508 .

**قال الشيرازي**[1] إذا سلمت نفسها لزوجها و تمكن من الاستمتاع بها و نقلها حيث يريد وهما من أهل الاستمتاع في نكاح صحيح وجبت نفقتها ....و إذا عرضت عليه و بذلت له التمكين و النقل حيث يريد و هو حاضر وجبت عليه النفقة لأنه وجد التمكين[2] .

**قال صاحب المبدع** إذا سلمت نفسها و مكنته من الاستمتاع بها [3] ، فإن لم يدخل بها أو لم يدعوه إلى ذلك فلا نفقة لها لعدم وجود التمكين .

**قال صاحب المبدع** : و إن لم تسلم نفسها و لم تعرض فلا نفقة عليه [4] .

و استدلوا على ذلك بفعله صلى الله عليه و سلم أنّه تزوج بعائشة رضي الله عنها و دخلت عليه بعد سنتين و لم ينفق إلا حين دخلت عليه و لم يلتزم نفقتها لما مضى ، ولأنه لم يوجد التمكين التام فيما مضى ، فلم يوجد بدله كما لايجب بدل ما تلف من المبيع في يد البائع قبل التسليم [5] .

أمّا القانون فاشترط للنفقة على المرأة الدخول بها ، أو دعوته للدخول ، وهو في حقيقته تمكين من جهتها له ، كما جاء في المادة 74من قانون 84-11: تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.

---

[1]- أبو إسحاق الشيرازي الشيخ الإمام القدوة المجتهد شيخ الإسلام أبو إسحاق ابن السمرقندي قال السمعاني هو إمام الشافعية ومدرس النظامية وشيخ العصر رحل الناس إليه من البلاد وقصدوه وتفرد بالعلم الوافر مع السيرة الجميلة والطريقة المرضية صنف في الأصول والفروع والخلاف والمذهب ، الذهبي ، مرجع سابق ، ج18- ص453-454 .

[2]- الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص 159 .

[3]- ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8 ص 186 .

[4]- المرجع نفسه .

[5]-الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ،ج2 ص 159.

و هو ما أكّده الاجتهاد القضائي بتاريخ 16- 02- 1999 جاء فيه ما يلي : من المقرر قانونا أنّ الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب .

ومتى تبين من قضية الحال أنّ القضاة لما قضوا بحرمان البنتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أنّ نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية ، أو حصولها على كسب ، وعليه فإنّ القضاة بقضائهم خالفوا أحكام المادة 75 من ق.أ.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة[1] .

وجاء في قرار أخر بتاريخ 9-7-1984 :متى كان من المقرر شرعا-أنّ سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت انه بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية و بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و يستوجب الرفض.

إذا كان من الثابت-في قضية الحال إن الزوجة طالبت الحكم لها بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها تفاديا لكل ما عساه أن يلحقها من ضرر و حكم لها بمطالبها من قضاة الموضوع فإنّه لا مبرر لاعتبار الزوج في حالة نشوز و لا تستحق النفقة المقررة لها مادام لم يثبت نشوزها أمام القضاة. فإن نفقتها تظل مستمرة و مستحقة لها مما يجعل القرار المطعون فيه مؤسسا تأسيسا قانونيا و شرعيا.

---

[1]- قرار رقم 218736 ، بتاريخ 16-2-1999 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية سنة 2001، عدد خاص ، ص206 .

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1] .

و فسر الحنفية التمكين باستعدادها لتسليم نفسها [2] إلى الزوج بحيث لا تمتنع عند طلبه إلى ذلك سواء دخل الزوج بها بالفعل أم لم يدخل، دعته الزوجة أو وليّها إلى الدخول بها أم لم تدعه ، بل لو ظلت في بيت أهلها برضاه و اختياره وجبت نفقتها عليه .

4- ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مسوغ شرعي ، فإن فات حقه بغير مسوغ شرعي فلا حق لها في النفقة و تعد ناشزة، و من النشوز الحالات التالية :

أ- إذا امتنعت من الدخول بها لغير سبب شرعي ، و قد دعاها إلى ذلك و أعدّ مسكنا ملائما ، أو خرجت من منزله بغير إذنه ، و استمر نشوزها مدّة طالت أم قصرت ، فإنّه لا نفقة لها في هذه المدة ، فإن رجعت إلى طاعته عادت النفقة في المدة التالية .

و أمّا لو امتنعت من الدخول بها لسبب مشروع كأن تمتنع حتى تقبض معجل مهرها ، أو لعدم صلاحية المسكن للسكنى ، بسبب خلل فيه أو لنقص بعض مرافقه، أو لوجود من تخشى شره كضرة مثلا كانت لها النفقة لأنّها لا تعد ناشزا حينئذ .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09 ما يلي :

متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنّه بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية ،و بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا شرعا عن طاعة زوجها ،ومن ثّم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و يستوجب الرفض.

إذا كان من الثابت في قضية الحال أنّ الزوجة طالبت الحكم لها بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها تفاديا لكل ما عساه أن يلحقها من ضرر ، و حكم لها بمطالبها من قضاة

---

[1]- قرار رقم 33762 ، بتاريخ 9-7-1984 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية سنة 1989، عدد4 ، ص119 .

[2] – السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 378 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ،ج 3 ص 572 ، الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج 10 ص 7473 .

الموضوع فإنّه لا مبرر لاعتبار الزوج في حالة نشوز ولا تستحق النفقة المقدرة لها ما دام لم يثبت نشوزها أمام القضاة فإن نفقتها تظل مستمرة ومستحقة لها مما يجعل القرار المطعون فيه مؤسس تأسيسا قانونيا و شرعيا.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1]

ب-خروج الزوجة إلى العمل بغير إذن زوجها ، لأنّ الاحتباس يكون ناقصا [2] في هذه الحالة ، إلا أن يأذن لها ، أو تشترط عليه العمل في العقد فيرضى بذلك ،فلا يسقط حقها لأنّ الزوج رضي بإسقاط حقه في جزء من الاحتباس بالشرط أو الرضا ، و الزوجة لم تسقط حقها في النفقة فبقيت واجبة في ذمة الزوج .

و كذلك إذا خرجت للفروض الكفائية كتدريس البنات ، وتطبيب النساء و نحو ذلك لأنّها لا تحتاج إلى الإذن[3] من الزوج حينئذ .

ج- المسافرة للحج إذا حجت من غير مصاحبة ذي رحم محرم منها ،ومن غير مصاحبة زوجها ، فإنه لا نفقة لها قولا واحدا ، لأنّها تكون عاصية إذ ليس للمرأة أن تسافر من غير مصاحبة ذي رحم محرم أو زوج ، و لا يبرر السفر كونه لأداء فريضة الحج ، لأنه فرض حيث الاستطاعة و لا استطاعة لها إلا إذا وجد ذو محرم يصاحبها أو زوج[4] .

فإذا سافرت للحج مع زوجها كان لها النفقة اتفاقا لوجود الاحتباس ، و إن سافرت من غير مصاحبة للزوج ولكنّها مع محرم فلا يسقط حقها في النفقة كذلك و لو بغير إذنه عند المالكية و الحنابلة و أبي يوسف ، لأنّه سفر لأداء فريضة دينية فيكون فوات

---

[1]- قرار رقم 33762 بتاريخ 9-7-84، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الرابع ص 119

[2] – أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 278 ، أ.د . عبد الرحمان الصابوني ، شرح الأحوال الشخصية السوري ، مطابع جامعة دمشق ،سنة النشر 1412هـ- 1991 م ،ج 1 ص 307 ، أحكام الشريعة في الأحوال الشخصية ص336 .

[3] – أبو زهرة، الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ، ص 279 .

[4] – المرجع نفسه .

الاحتباس بمسوغ شرعي ، لكن النفقة الواجبة عند أبي يوسف و الحنابلة هي نفقة الإقامة لا السفر ، و عند المالكية يجب لها الأقل من نفقتي الإقامة والسفر[1] .

وتسقط نفقتها ولو بإذن الزوج عند جمهور الحنفية و الشافعية لمخالفتها الواجب عليها و انتفاء التمكين و فوات الاحتباس من جهتها ، و هذا الخلاف في النفقة إنّما هو سفرها لفريضة الحجّ أمّا إذا كان السفر لغير الفريضة فلا نفقة لها عند الجمهور عدا المالكية ، وقال المالكة إن سافرت بإذن الزوج لا تسقط حقها في النفقة لأنّها لا تعدّ ناشزة[2].

5–اشترط المالكية يسار الزوج للنفقة فإن كان معسرا فلا نفقة عليه مدّة إعساره[3]

لقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا ﴾ الطلاق: ٧ ، و لم يشترط الجمهور ذلك بل ألزموه بنفقتها موسرا كان أم فقيرا ، وهو ما ذهب إليه القانون لأنّه لم يفرق في المادة 75 السابقة في وجوب النفقة على الزوجة بين كونه فقيرا أم غنيا ، بل للمرأة إن امتنع أن تلزمه قضاء

و ذهب الظاهرية إلى أنّ نفقة الزوجة إذا أعسر زوجها تسقط عن الزوج و تلزم الزوجة بالإنفاق على زوجها ، و لا ترجع عليه بما أنفقت ، و لو أيسر الزوج بعد ذلك. و دليلهم في هذا أن الغرم بالغنم فكما ترث الزوجة زوجها فكذلك يجب أن تنفق عليه إذا أعسر و الله تعالى يقول: ﴿ وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ ﴾ البقرة: 233 ،و الزوجة وارثة فيجب عليها الإنفاق.

---

[1]- أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 280 .

[2]- المرجع نفسه .

[3]- الدردير ،الشرح الصغير ، مرجع سابق ،ج1 ص523 .

قال ابن حزم الظاهري[1] : فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه و امرأته غنية كلفت النفقة عليه ولا يرجع عليه شيء من ذلك إن أيسر ... و برهان ذلك قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ ﴾ البقرة: 233.

6-لا يشترط للنفقة على الزوجة أن تكون فقيرة معسرة بل ينفق عليها و لو كانت غنية موسرة لأنّ نفقتها واجبة عليه ولعموم قوله تعالى ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ ﴾ البقرة: 233.

و قد جاء تأكيدا لهذا قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/02/22 ما يلي

من المقرر شرعا أنّ يسار الزوجة لا يسقط حقها ، و حق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي.

إنّ قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسر الزوجة الطاعنة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطئوا في تطبيق القانون[2].

وهذا ما يتوافق مع روح التشريع لأن من احتبس لحق غيره كانت نفقته عليه .

---

[1]- ابن حزم ، مرجع سابق ، ج10 ص92 .

[2]- قرار رقم 237148 بتاريخ 22-2-2000، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد الأول ص 284 .

## المطلب الثالث : مقدار النفقة

لم يختلف الفقهاء كما سبق ذكره في وجوب نفقة الزوجة ، وإنّما اختلفوا في مقدار الواجب منها على قولين:

**القول الأول** : قول المالكية و الحنابلة و الشافعي في القديم و بعض الحنفية [1] كالخصاف[2] أنّ الواجب لها عليه جميع حاجتها بما يصلح لمثلها ، وليس ذلك مقدر بقدر معين ولكنّه معتبر بحال الزوجين يسارا و إعسارا ، ومراعاة لحال المرأة وحال البلاد وذلك جمعا بين الأدلة [3]، فالآية الكريمة ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا ﴾ الطلاق: 7 راعت حال الزوج في النفقة .

و حديث هند الذي رواه البخاري عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني ما يكفيني و ولدي إلا ما أخذت و هو لا يعلم فقال صلى الله عليه و سلم " خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف " [4] .

[1] – ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 186 ابن ضويان ، مرجع سابق ، ج 2 ص 266 ، 267 ابن إدريس ،كشاف القناع، مرجع سابق ، ج 5 ص 460 المرغياني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 39 ، السرخسي ، مرجع سابق ، ج5 ص 182 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 574 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 380.

[2] – أحمد بن عمر بن مهير الشيباني أبو بكر المعروف بالخصاف فرضي حاسب فقيه ، كان مقدما عند الخليفة المهدي بالله توفي ببغداد له تصانيف منها أحكام الأوقاف ، والحيل ، والوصايا ، وأدب القاضي ، والنفقات على الأقارب وغير ذلك . الزركلي ، مرجع سابق ، ج1 ص185 .

[3] –التي تراعي جانب الزوج بالنفقة الزوجية.

[4] - سبق تخريجه ص151.

و قد راعي حال الزوجة بالمعروف فإن كانا موسرين فالواجب نفقة اليسار، و إن كانا معسرين فالواجب نفقة الإعسار وإن تفاوت حالهما فالواجب نفقة الوسط بين الموسرين و المعسرين .

**القول الثاني** قول الحنيفية و الشافعية[1] أنّ الواجب كفايتها بحسب حاله لقوله تعالى

﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا ﴾ الطلاق: 7 .

و ما رواه أبو داوود عن معاربة القشيري قال أتيت النبي صلى الله عليه و سلم فقلت ما تقول في نسائنا قال : " أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون و لا تضربوهنّ و لا تقبحوهنّ " [2] .

لأنّ النفقة واجبة على الزوج و قد رضيت الزوجة بحاله فلا تطالبه بأكثر من سعته .

و أمّا قانون الأسرة فذهب مذهب المالكية و الحنابلة من أن النفقة يراعي في تقديرها حال الزوجين جاء في المادة 79 من قانون 84-11 : يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعيشة و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم .

فتحديد النفقة في القانون يرجع فيها إلى السلطة التقديرية للقاضي المختص مع مراعاة حال الطرفين صاحبة الدعوى الزوجة ، والزوج ، وظروف المعاش ، ولا تسمع دعوى زيادة النفقة ونقصانها قبل سنة على فرضها ، لأنّ الأسعار لا تتغيير كثيرا في أقلّ من تلك المدة إلا استثناء .

---

[1] - المرغياني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 39 ، السرخسي، مرجع سابق ، ج 5 ص 181 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 574 ،575 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 380 ، الشربيني ، مغني المحتاج، مرجع سابق ، ج 3 ص 426 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 186 .

[2] – أبو داود داود ، كتاب النكاح ، باب حق المرأة على زوجها ، مرجع سابق ، ج2 ص 245 .قال الألباني : صحيح .محمد ناصر الدين الألباني ، صحيح سنن أبي داود ، مكتبة المعارف ،الرياض ، الطبعة الأولى ، سنة 1419هـ 1998م ، ج1ص596.

وجاءت التطبيقات والاجتهادات القضائية مؤكدة لذلك منها قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/04/02 ونص على ما يلي :

من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فإنّ تسبيبه و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاك لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية .

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين ، و طبقتها الاجتماعية دون اعتبار لحالة، و طبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما أو فقر الآخر و دون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية ، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب و إعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أية قاعدة شرعية ،ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة[1] .

وجاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 9-2-1987 : من المقرر فقها و قضاء أنّ تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا،ثم حال مستوى المعيشة، و من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

لما كانت جهة الاستئناف-في قضية الحال-قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتدائيا دون أن تبحث عن دخل الزوج و حالة معيشة الزوجة، و دون حساب مستوى

---

[1]- قرار رقم 32779 بتاريخ 2-4-1984، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الثاني، ص 61 .

المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان، فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية.

و متى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

وجاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 16-1-1989:من المقرر شرعا و قانونا إنّ تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إذا ثبت نشوز الزوجة و من المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم و من ثم فغن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة.

و لما كان ثابتا-في قضية الحال-أنّ المجلس لما قضى بتحديد النفقة للبنت اعتبارا من تاريخ الدعوى القضائية دون أن يقدر ظروف الزوج و مدخوله و وسعه و المدة الزمنية التي مرت بها القضية و طول المرافعات يكون قد خالف القانون و أحكام الشريعة الإسلامية[2]

وجاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 16-3-199 :من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعى القاضي حال الطرفين و ظروف المعاش .

ولما كان ثابتا- في القضية الحال – أن القرار المطعون فيه أيد الحكم المستأنف الذي قدر النفقة حسب حال الطرفين و أجاب على أن النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون و أن عدم الأخذ بشهادة الصادرة عن البلدية تصادق فقط عن إمضاء الشاهدين وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

---

[1]- قرار رقم 44630 بتاريخ 9-2-1987، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1987 ، العدد الثالث، ص 55 .

[2]- قرار رقم 51715 بتاريخ 16-1-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1992 ، العدد الثاني، ص 55 .

ولما كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

فإذا لم تعد النفقة تكفي لغلاء المعيشة وارتفاع الأسعار فللمرأة الحق في أن ترفع أمرها للقاضي تطلب تعديها بعد مضي سنة من فرضها كما نصت عليه المادة 78السابقة ، ويغلب على القاضي أن يحكم لها إذا كانت التسبيب كافيا للدعوى ، وهذا ما عليه العمل قضاء .

و جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1996/04/23 ما يلي :

من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم و لا يجوز الطعن بحجة الشيء المقتضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة و النفقات بصفة عامة.

و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله .

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/27 و مراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن فإنّ القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن[2] .

و النّفقة و إن كانت مقدرة بحال الزوجين إلا أنّها لا تقل على ما يعتبر من الضروريات في العادة و العرف ، فإذا أخلّ الزوج بذلك فللمرأة أن تطالبه باستكمال النفقة ولو قضاء .

---

[1]- قرار رقم 216886 بتاريخ 16-3-1999، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1992 ، عدد خاص ، ص203 .

[2]- قرار رقم 136604 بتاريخ 23-4-1996، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1997 العدد الثاني ص 89 .

جاء في المادة 78 من قانون 84-11: تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العادة و العرف .

وتستتحق المرأة النفقة من تاريخ رفع الدعوى كما نص على ذلك المشرع في المادة 80من الأمر 11-84 :تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى .

وأكد ذلك القرار قرار المحكمة العلياء بتاريخ 25-12-1989 : من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من التاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمادة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب ليس في محله.

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقته نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون و سببوا قرارهم تسبيبا كافيا.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [1] .

فالنفقة إذا غير مقدرة بقدر معين عند فقهاء الأئمة الأربعة ، وإنّما الواجب فيها كفايتها ، وكفايتها تكون بحسب وسع الزوج وهو مذهب الحنفية والشافعية ، وأمّا عند الجمهور من المالكية والحنابلة الشافعية في القديم والحنفية في قول الخصاف فمقدرة بحال الزوجين جمعا بين الأدلة ، وهو ما أخذ به قانون الأسرة إلا أنّه أرجع تحديد ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي مع مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش .

---

[1]- قرار رقم 57506 بتاريخ 25-12-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1991، العدد الثالث ، ص 65 .

و الذي يترجح قول الحنفية و الشافعية من أنّ النفقة يرجع فيها إلى حال الزوج يسارا و إعسارا لقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ الطلاق: 7 .

و وجه دلالة الآية أنّ الزوج مطالب بالنفقة على الزوجة ممّا تيسر له من رزق كثير كان أم قليل "فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ " و لأنّها و إن كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين ، فلا تطالبه بأكثر من ذلك ، و إن كان موسرا ثم أعسر فعليها أن تصبر معه على حال إعساره فقد يجعل الله بعد الضيق فرجا " فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ "الطلاق أية 7.

## المطلب الرابع : نفقة المطلقة

المطلقة قبل الدخول لا نفقة لها على زوجها ولا عدّة ، لأنّها تبين منه بمجرد طلاقها لقوله تعالى ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ الأحزاب: 49 .

والمطلقة رجعيا تستحق النفقة اتفاقا [1] لأنّها لازالت في عصمة زوجها يلحقها طلاقه و ظهاره لقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَـٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ البقرة: 228 .

وأمّا المطلقة بائنا فإمّا أن تكون حاملا أو حائلا :

فإن كانت حاملا جرت عليها النفقة إلى حين وضع حملها اتفاقا لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ الطلاق: 6 .

و أما إن كانت حائلا فقد اختلف الفقهاء في هذا إلى فرق ثلاث :

**الفريق الأول :**

مذهب الحنفية [2] و قد ذهبوا إلى وجوب النفقة للمطلقة حاملا كانت أم حائلا و استدلوا على ذلك بما يلي

---

[1] – ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 191 ، المرداوي ، مرجع سابق ، ج9 ص 360 ، ابن إدريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 465 ، الشافعي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 237 ، النووي ، روضة الطالبين ، مرجع سابق ، ج 5 ص 183.

[2] –السرخسي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 201، ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 5 ص 166 .

**1- الكتاب :**

قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ ﴾ الطلاق: 6 ، و وجه دلالة الآية أن ضمائر الإناث في هذه الآية تعود إلى المطلقات بائنا فقط بدليل المعطوف و هو قوله تعالى عقبه " و لا تضاروهن لتضيقوا عليهن و إن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " و لو كانت الآية في غير المطلقات أو في الرجعيات كان التقدير : اسكنو ا الزوجات و الرجعيات من حيث سكنتم و أنفقوا من وجدكم إن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " و معلوم أنه لا معنى لجعل الغاية إيجاب الإنفاق عليها الوضع فإن النفقة واجبة لها مطلقا حاملا أولا ، بخلاف ما إذا كانت في البوائن فإن فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام مدّة الحمل لطولها و الاقتصار على ثلاث حيض أو ثلاث أشهر.

و قال **أبو بكر الجصاص**[1] قد تضمنت هذه الآية الدلالة على وجوب نفقة المبتوتة من ثلاثة أوجه[2]:

**الأول** أن السكنى لما كانت حقا في مال و قد أوجبها الله لها بنص الكتاب فقد اقتضى ذلك وجوب النفقة إذا كانت السكنى حقا في مال و هي بعض النفقة.

**الثاني** قوله تعالى " و لا تضاروهنّ " و المضارة تقع في النفقة كما تقع في السكن.

---

[1]- أحمد بن علي الرازي ، أبو بكر الجصاص فاضل من أهل الري ، سكن بغداد ومات فيها انتهت إليه رئاسة الحنفية ، وخوطب في أن يلي القضاء فامتنع ، ألف كتابا في " أصول الفقه – خ" مصور في معهد المخطوطات بالقاهرة . الزركلي ،مرجع سابق ، ج1 ص171.

[2]- أبو بكر أحمد الرازي الجصاص، أحكام القرآن للجصاص ، تحقيق محمد الصادق قمعاوي ، دار إحياء التراث ، بيروت ، سنة 1405هـ ، ، ج 5 ص 356

**الثالث** قوله تعالى " **لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّ** " و التضييق قد يكون في النفقة أيضا.

**2- السنة**

ما رواه الدارمي عن سلمة بن كهيل عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس أنّ زوجها طلقها ثلاثا فلم يجعل لها النبي صلى الله عليه و سلم نفقة و لا سكنى قال سلمة فذكرت ذلك لإبراهيم فقال : قال عمر بن الخطاب : لا ندع كتاب ربنا و سنة نبينا بقول امرأة فجعل لها السكنى و النفقة[1] .

و ما رواه حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر قال : لا ندع كتاب ربنا و سنة نبيه بقول امرأة المطلقة ثلاثا لها السكنى و النفقة[2] .

**المعقول**

و أمّا المعقول فإنّ النفقة إنما وجبت قبل الطلاق لكونها محبوسة عن الخروج لحق الزوج ، و قد بقي ذلك الاحتباس بعد الطلاق في حالة العدّة ، و تأكد بانضمام حق الشرع إليه لأن الحبس قبل الطلاق كان حقا خالصا للزوج ، و بعد الطلاق تعلق به حق الشرع حتى لا يباح لها الخروج و إن أذن لها الزوج به ، فلمّا وجبت به النفقة قبل التأكد فلا تجب بعد التأكد أولى.

غير أنّها تعاقب بالحرمان من النفقة و حدها إذا كانت الفرقة بسبب محظور من جهتها[3] كالردة مثلا ، و يبقى لها السكنى لأنها حق الله لتتمكن بها من إتمام التربص المطلوب .

---

[1] - عبدالله بن عبدالرحمن أبو محمد الدارمي ، سنن الدارمي ،دار الكتاب العربي – بيروت ،الطبعة الأولى ، 1407 ، تحقيق : فواز أحمد زمرلي ، خالد السبع العلمي ، كتاب الطلاق ، باب في المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة أم لا، ج 2 ص 218 .

[2]- الدارمي ،كتاب الطلاق ، باب في المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة أم لا ، مرجع سابق ، ج 2 ص 218

[3] الكساني ، مرجع سابق ، ج 3 ص 210 ، على حسب الله ، الفرقة بين الزوجية ، دار الفكر العربي ، ص 208 .

وأمّا حديث فاطمة بنت قيس الذي تمسك به المخالف فقد ردّه الحنفية لأنه من أخبار الآحاد ، و شرط العمل بخبر الواحد أن تتوفر فيه ثلاثة شروط و هي :

1- عدم الطعن فيه من السلف .

2-عدم الاضطراب .

3-عدم معارض يجب تقديمه عليه .

و حديث فاطمة بنت قيس لم يسلم من المطاعن الثلاث:

أما طعن السلف فقدر ردّه كبار الصحابة كعمر بن الخطاب و عائشة ،و أسامة بن زيد رضي الله عنهم.

أمّا طعن عمر رضي الله عنه فما روى عن أبي إسحاق قال كنت مع الأسود بن يزيد جالسا في المسجد الأعظم ، ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس أنّ رسول الله صلى الله عليه و سلم لم يجعل لها سكنى و لا نفقة ثم أخذ الأسود كفا من حصي فحصبه به فقال : ويلك تحدث بمثل هذا ؟ قال عمر: لا نترك كتاب الله و سنة نبينا صلى الله عليه و سلم لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسبت لها السكنى و النفقة قال الله تعالى ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ الطلاق: 1[1] .

و أمّا طعن عائشة رضي الله عنها فما روى عن هشام قال حدثني أبي قال : تزوج يحي بن سعيد بن العاص بنت عبد الرحمن بن الحكم فطلقها فأخرجها من عنده فعاب ذلك عليهم عروة فقالوا : إن فاطمة خرجت قال عروة : فأتيت عائشة فأخبرتها بذلك فقالت ما لفاطمة بنت قيس خير في أن تذكر هذا الحديث[2] .

---

[1] - النووي ، شرح على صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ج 10 ص 95 .

[2]- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي – محب الدين الخطيب، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1379هـــ ، ج9 ص479 .

و أمّا طعن أسامة بن زيد فما روى عن محمد بن أسامة بن زيد كان يقول : كان أسامة إذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك ( يعني انتقالها في عدمّا ) رماها بما في يده ، هذا مع أنّه هو الذي تزوجها بأمر رسول الله صلى الله عليه و سلم وكان أعرف بالمكان الذي نقلها عنه إلى مترله.

وأمّا بيان اضطراب الحديث فقد جاء في بعض الروايات انه طلقها و هو غائب و في بعضها أنه طلقها ثم سافر و في بعض الروايات أنّها ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فسألت و في بعضها سمى الزوج أبا حفص بن المغيرة ، و في بعضها أبا عمرو بن حفص .

و أمّا بيان المعارض لحديث فاطمة بنت قيس فهو قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ﴾ الطلاق: 6 فقد علم أنّ المراد و أنفقوا عليهن من وجدكم و به جاءت القراءة المفسرة عن ابن مسعود رضي الله عنه.

**الفريق الثاني** مذهب المالكية و الشافعية ورواية عن أحمد [1] ذهبوا إلى أن المطلقة بائنا إذا كانت حاملا تستحق النفقة و السكنى لآنّ الآية صريحة في إيجابها لها " وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ " الطلاق: 6 و أمّا إن كانت غير حامل فتجب لها السكنى على مطلقها دون نفقة و استدلوا على ذلك بما يلي :

[1] – الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ،ج2 ص515، الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 522، الشافعي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 237 ،238 ، النووي ، روضة الطالبين ، مرجع سابق ، ج 7 ص 183 ، ابن إدريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج5 ص467، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج7 ص191-192 ، ابن قدامة ،الكافي في فقه ابن حنبل ، مرجع سابق ، ج3 ص 357 .

**الكتاب:** قوله تعالى : " ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ﴾ الطلاق: 6 ،و وجه دلالة الآية أن ضمائر النسوة في هذه الآية ترجع إلى المطلقات بائنا و لما ذكر سبحانه و تعالى السكنى أطلقها لكل مطلقة ،ولما ذكر النفقة قيدها بالحمل فدل ذلك بمفهومه أن المطلقة البائن غير الحامل لا نفقة لها .

**السنة:** ما رواه أبو داوود و غيره عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال أرسل مروان قبيصة بن ذؤيب إلى فاطمة بنت قيس فسألها فأخبرته أنّها كانت عند أبي حفص بن المغيرة و كان النبي صلى الله عليه و سلم أمر علي بن أبي طالب رضي الله عنه على بعض اليمن فخرج معه زوجها ، فبعث إليها بتطليقة كانت بقيت لها ، و أمر عياش بن أبي ربيعة و الحارث بن هشام أن ينفقا عليها فقالا والله مالها نفقة إلا أن تكون حاملا فأتت النبي صلى الله عليه و سلم فقال : " لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا"[1] .

**المعقول** فإنّه لا ارتباط بين النّفقة و السكنى نفيا و لا إثباتا ، لأنّ النفقة تجب في نظير بقاء حق الرجعة للزوج فتكون للمطلقة رجعيا ، أو لإحياء الولد فتكون حاملا ، و السكنى تجب لتمكين المطلقة من إتمام التربص المطلوب منها لكل مطلقة[2] .

**الفريق الثالث** مذهب الحنابلة [3] و قد ذهبوا إلى أن المطلقة بائنا إذا لم تكن حاملا لا نفقة لها و لا سكنى و استدلوا على ذلك بما يلي :

---

[1] – أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب نفقة المبتوتة، مرجع سابق ، ج2 ص287 ، البيهقي، باب المبتوتة لا نفقة لها إلا أن تكون حاملا ، مرجع سابق ، ج7 ص 471 ، أحمد ،حديث فاطمة بنت قيس ، ج6ص414.قال شعيب الأرناؤوط حديث صحيح رجاله ثقات رجال الشيخين .

[2] –ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 181 ،المرداوي ، مرجع سابق ،ج 9 ص 360

[3] –ابن إدريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 465 ، المرداوي ، مرجع سابق ، ج 9 ص 360 .

عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمر بن حفص طلقها البتة و هو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال: والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه و سلم فذكرت ذلك له فقال : ليس لك عليه نفقة فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال : تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم كلثوم فإنّه رجل أعمى تضعين ثيابك[1] .

و في رواية : أنه طلقها زوجها في عهد النبي صلى الله عليه و سلم و كان أنفق عليها نفقة دون ، فلما رأت ذلك قالت : و الله لأعلمنّ رسول الله صلى الله عليه و سلم فإن كان لي نفقة أخذت الذي يصلحني ، و إن لم تكن لي نفقة لم أخذ شيئا قالت فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه و سلم فقال : " لا نفقة لك و لا سكنى" .

**المعقول** و أمّا المعقول فإن النفقة و السكنى إنما تجبان في مقابل ثبوت حق الرجعة للزوج و هو لا يملك في الطلاق البائن رجعة ، فلا نفقة و لا سكنى للبائن و لهذا روى عن فاطمة بنت قيس أنّها كانت تقول " إنما النفقة و السكنى للمطلقة إذا كان لزوجها عليها الرجعة"

**و أمّا قانون الأسرة** فذهب مذهب الحنفية من تعميم النّفقة لكلّ مطلقة رجعية كانت أم بائنا ، حائلا أو حاملا جاء في المادة 61 قانون 84- 11: " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكنى مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدّة الطلاق " .

فالمطلقة تستحق النفقة مدّة العدّة ، و يحكم بها القاضي عند الحكم بالطلاق ، ويرجع في تقديرها إلى السلطة التقديرية لقضاء الموضوع كما يؤكّده هذا التطبيق القضائي .

[1] - مسلم ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاث لا نفقة لها ، مرجع سابق ، ج2 ص1108 .

**جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/05/21**

أنّ تحديد نفقات العدة ،والمتعة ،والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة ، وأولادها المحضونين ،وحق الحاضنة بالسكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون،ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك[1] .

و يلاحظ من قرارات المحكمة العليا أنّ القاضي عندما يحكم لها بنّفقة العدة يحكم لها كذلك بنفقة المتعة ، و نفقة الإهمال .

**جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/07 ما يلي :**

من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ، نفقة إهمال نفقة متعة وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي ، و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم به لها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل .

و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي [2] .

غير أنّ نفقة الإهمال يحكم بها القاضي من تاريخ رفع الدعوى ، وابتداءا من تاريخ تسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم .

**جاء في المادة 80 قانون 84-11** : تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى .

ويمكن للقاضي استثناء أن يحكم بالنفقة المتراكمة لعدة شهور سابقة إذا طلبتها الزوجة وذلك عن مدة سنة واحدة ترجع إلى ما قبل رفع الدعوى حتى لا يثقل كاهل

---

[1] - قرار رقم 72602 بتاريخ 21-5-1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ،منشور نشرة القضاة الصادرة بتاريخ 1995 العدد 47 صفحة 149

[2] - قرار رقم 41560 بتاريخ 7-4-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشورالمجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 العدد الثاني ص 69

الزوج بالنفقات المتأخرة ، فإذا حكم القاضي بنفقة تتجاوز سنة من رفع الدعوى اعتبر حكمه مخالفا للقانون ، ويمكن الطعن فيه وإلغائه .

**جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25 ما يلي :**

من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب ليس في محله .

و لما كان ثابتا في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقته نفقة الإهمال إبتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون ، و سببوا قرارهم تسبيبا كافيا.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1] .

و الذي يترجح في المسألة قول الجمهور من أنّ المبتوتة لا نفقة لها لقوة دليلهم من الكتاب و السنة.

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأۡتَمِرُواْ بَيۡنَكُم بِمَعۡرُوفٖۖ وَإِن تَعَاسَرۡتُمۡ فَسَتُرۡضِعُ لَهُۥٓ أُخۡرَىٰ ﴾ الطلاق: 6، فالآية تدل بمفهوم المخالفة على أن غير الحامل المبتوتة لا نفقة لها لاتفاقهم على نفقة المطلقة الرجعية.

و مفهوم المخالفة عند الجمهور حجة يجب العمل به ، و أما السنة فما رواه مسلم عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلّقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال : و الله مالك علينا من شيء فجاء رسول الله صلى الله عليه و سلم

[1] - قرار57506 بتاريخ 25-12-1989 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1991 العدد الثالث صفحة 65 .

فذكرت له فقال " ليس لك عليه نفقة" و وجه الاستدلال بالحديث أنّ النبي صلى الله عليه و سلم لم يجعل لها النفقة وذلك لانقطاع الرابطة الزوجية بالبينونة بنوعيها.

## المطلب الخامس : حكم الإخلال بالنفقة

إذا أخلّ الزوج بالنفقة فإمّا أن يكون موسرا أو معسرا ، فإن كان موسرا أمره الحاكم ، وأجبره على النفقة فان أبى حبسه حتى ينفق لما رواه مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : " مطل الغني ظلم و إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع " [1] ، فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله ، فإن لم يجد إلا عروضا ، أو عقارا باعها في ذلك ، و بهذا قال مالك و الشافعي و أحمد و أبو يوسف و محمد من الحنفية[2] .

و قال أبو حنيفة[3] : النفقة من ماله الدنانير والدراهم ، و لا يبع عرضا إلا بتسليم منه ،لأنّ يبع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه ، أو بإذن وليه ، ولا ولاية على الرشيد و استدل الجمهور لمذهبهم :

1- لما رواه البخاري عن عائشة أنّ هند بنت عتبة قالت يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني ما يكفيني و ولدي إلا ما أخذت منه و هو لا يعلم فقال " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " [4] ، و وجه دلالة الحديث أنّ النبي صلى الله عليه و سلم لم يفرق بين الدراهم ،و بين غيرها لأن ذلك ماله فتؤخذ منه النفقة كالدراهم ، و الدنانير .

2- إنّ الحاكم له ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه و دنانيره و ترجع المرأة بما ترتب على زوجها في ذمته من نفقتها ولو لم يفرض القاضي لها ، وهو مذهب المالكية.

---

[1] - البخاري ، كتاب الحوالة ، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة، مرجع سابق ،ج2 ص798، مسلم ،كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني ، مرجع سابق ، ج3ص 1179 .

[2]- الشافعي ،مرجع سابق ، ج5 ص 91 ، ابن قدامة ،المغني ، مرجع سابق ، ج8 ص 164 ، ابن إدريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ،ج 5 ص 479 ، ابن مفلح ، المبدع ، مرجع سابق ، ج 1 ص 88 ، المرغياني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 39 .

[3]- ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق، ج 4 ص 189 الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص 37،38 .

[4]- سبق تخريجه ص151 .

والشافعية [1] ، وذهب الحنفية والحنابلة [2] إلى أنّ رجوعها عليه بالنفقة من زمن فرض القاضي لها .

و أمّا إن كان الزوج معسرا فقد ذهب الحنفية إلى أنه يترك إلى ميسرة لقوله تعالى ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ البقرة: 280، و لأنه لا فائدة من حبسه حينئذ.

و أمّا عند الجمهور فتسقط النفقة عنه للعجز لقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ الطلاق: 7 .

وأمّا قانون الأسرة فلم يعرج على هذه المسالة تاركا أمر الفصل فيها إلى قانون العقوبات الذي يعتبر أنّ الإخلال بالنفقة جريمة يعاقب عليها القانون إذا توافرت أركانها جاء في المادة 331 من قانون العقوبات 04-15 " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات ، وبغرامة من 500 إلى 5000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته ، أو أداء كامل قيمة النفقة المقرر عليه إلى زوجة ، أو أصوله ، أو فروعه ، وذلك رغم صدور حكم ضدّه بإلزامه بدفع نفقة إليهم ،ويفترض أنّ عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك ، أو الكسل ، أو السكر عذرا مقبولا من المدين في آية حالة من الأحوال. فالقاضي يحكم بالعقوبة المقررة في القانون إذا توافرت أركان الجريمة الثلاث[3] :

---

[1] – الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج3 ص442، الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج2 ص 517، الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج1 ص523 .

[2] – ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج1 ص88، المرغياني ، مرجع سابق ، ج2 ص39 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص591 .

[3] – عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقع على الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الثانية ، سنة النشر 2002 ، ص25 ، 26 ، 27 .

**أولا : وجود حكم قضائي نهائي**

إن أول شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لتطبيق المادة 331 عقوبات هو شرط وجود حكم صادر عن هيئة قضائية وطنية في مستوى الدرجة الأولى ، أو الدرجة الثانية ، و لم يعد يقبل أية طريقة من طرق الطعن العادية ، أو غير العادية ، أو وجود حكم صادر عن هيئة قضائية أجنبية يكون قد وقع إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، أو وجود أي قرار قضائي أخر صادر عن جهة القضاء المستعجل ، أو تتضمن صيغة النفاذ المعجل .

**ثانيا : الامتناع المتعمد عن أداء النفقة:**

الشرط الثاني من شروط تكوين جريمة الامتناع عن النفقة المقررة قضاء فذلك بدل على استهانة المحكوم عليه ،وتجاهله لقرار صادر عن القضاء وتطاوله على السلطة الدولة بشكل مباشر ،أو غير مباشر ، وعرقلته لتنفيذ الأحكام القضائية النهائية الصادرة باسم الشعب الجزائري ، لكنّ لو كان الدافع للامتناع عن دفع النفقة ليس الاستهانة بالحكم القضائي ، بل لعذر شرعي مقبول كالاستشكا ل في التنفيذ ، أو لخطأ في الحكم مثلا فإن عنصر الامتناع المتعمد لم يعد قائما وأنّ الجريمة لم تعد متوفرة ، و يمتنع عن المحكمة تبعا لذلك أن تقضي بإدانة المتهم .

**ثالثا : الامتناع لمدة أكثر من شهرين:**

الشرط الثالث أن يكون الامتناع قد استغرق مدة أكثر من شهرين متتالين دون انقطاع ، ودون أي مبرر شرعي رغم اتخاذ كل الإجراءات القانونية لضمان تنفيذه ، ورغم تبليغه هذا الحكم وإنذاره به خلال الوقت القانوني المناسب ، فإنّ هذا الامتناع طوال هذه المدّة يشكل حتما أحد عناصر الجريمة المستوحية للعقاب ضد الممتنع.

وجاء تأكيدا لهذا قرار المحكمة العليا بتاريخ 1982/11/23 :

إذا كان مؤدى نص المادة 331 ق ع الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح من حكم لهم بها فإنّه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة ، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون.

فإذا كان من الثابت بملف الإجراءات أن الزوج كان قد حكم عليه بدفع نفقة شهرية لزوجته المطلقة ، وأنّه كلف بدفع هذه النفقة وأهمل مدة شهر عقب تبليغه بهذا الحكم ، ولذلك فإنّ المتابعة الجزائية تكون مكتملة العناصر من أجل هذه الجنحة .

إن المجلس القضائي بتصريحه عدم توافر شروط جنحة الإهمال العائلي لاعتباره خطأ عدم وجود حكم في القضية يقضي بالنفقة، كان قد أخطأ في تطبيق القانون، وعرض قضائه للنقض لحكمه بالبراءة.

لذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه من الجانب المدني[1] .

يلاحظ أنّ الشريعة تجيز للقاضي أن يحكم على الممتنع عن النفقة بالحبس إكراها بحق لحق الزوجة إذا كان الزوج موسرا ، فإن أبى مع السجن أخذ القاضي من ماله أوباع عنه شيئا من أملاكه لينفقه عليها .

وأمّا لو كان معسرا فيترك إلى ميسرة عند الحنفية ، وتسقط عنها تماما عند الجمهور .

أمّا القانون فلم يفرق في العقوبة عند الإخلال بالنفقة بين الموسر والمعسر ، لأن النفقة واجبة عليه ، ولا يلزم غيرها بها ولو كان والدا أو ولدا ، كما لم يتطرق لقضية بيع بعض ما يملك للنفقة من باب أن عقوبة السجن كفيلة بردعه وردّه إلى جادّة الصواب .

---

[1] - قراررقم 23194 بتاريخ 23- 11- ، 1982 ، غرفة جنائية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 العدد الأول صفحة 325 .

كما أعطى الحق للمرأة عند الإخلال بالنفقة بسبب الإعسار أن تطالب بالتطليق وفق المادة 53 من الأمر 02-05 : يجوز للزوجة أن تطالب بالتطليق للأسباب التالية :

1-عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعات المواد78-79-80 من هذا القانون .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 20-2-1991: من المقرر قانونا أن يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و لا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب خمس سنوات ، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية ، وأخذت كل أثاثها منه ، واستحالت الحياة الزوجية ، فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [1] .

وجا في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2-5-1995: لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال و عدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، و امتنع الزوج عن تنفيذ ذلك .

واشترط المشرع طلب التطليق بسبب الإعسار أن لا تكون عالمة بذلك ، فإذا علمت بذلك قبل الزواج فلا حق لها في التطليق لأنها رضيت بعيبه ، ولعدم وجود تدليس منه . أما إذا افتقر بعد غنى فهي مصيبة قد حلت بها وعليها أن تصبر لها [2] .

[1]- قرار رقم 75588 بتاريخ 20-2- 1991 ، الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993 العدد الرابع ، صفحة 78 .

[2]- قرار رقم 118475 بتاريخ 2-5-1995، الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة الصادرة بتاريخ 1996 العدد 49، صفحة 241 .

والذي يبدوا لي أن إعطاء المرأة الحق في التطليق بسبب الإعسار عن النفقة المتعلقة بالضروريات لا الكمالات سواء أكانت عالمة بإعساره أم لا ، لأن التطليق شرع لرفع الضرر ، فإذا وجد الضرر جاز لها المطالبة بالتطليق لهذا السبب لعدم قدرتها على الصبر والتحمل ، ولو كانت عالمة بفقره وحاجته ، والقانون وإن منعها من المطالبة بالتطليق إذا كانت عالمة بإعساره وفقا للمادة 53فقرة الأولى ، فإنه في المادة ذاتها من الفقرة العاشرة يعطيها الحق في التطليق بكل ضرر معتبر شرعا جاء في المادة 53من الأمر 02-05: يجوز للزوجة أن تطالب بالتطليق للأسباب التالية :10-كل ضرر معتبر شرعا .

# الشروط المقترنة بعقد الزواج

تمهيد :

الزواج الأصل في أنه شرّع على أساس التأبيد فأي تأقيت يدخل عليه بالنية أو بالشرط مفسد له كما قرر الفقهاء، لذا اشترطت الشريعة لديمومته جملة من الشروط أهمها:

الرضا و الكفاءة أمّا الرضا فيعبر عنه بالصيغة التي هي الإيجاب و القبول بكل لفظ يفيد معنى النكاح فإذا شاب الإرادة شيء من الإكراه يكون النكاح باطلا، وأمّا الكفاءة ففسرها المالكية بالدين ، فالدين هو العنصر الثابت في هذه العلاقة الزوجية لأنه محفوظ بحفظ الله

و السؤال الذي يطرح نفسه هل للزوجين أن يشترطا زيادة على شروط الشريعة في عقد الزواج ما يريانه كفيلا بتثبيت الزواج و استمراره أم لا ؟ ، وهذا ما سنجيب عنه من خلال المطالب التالية :

## المطلب الأول:مفهوم الشرط

## المطلب الثاني : موقف الفقه والقانون من هذه الشروط المقترنة بالعقد

## المطلب الثالث : أثر الإخلال بالشروط على العقد

## المطلب الأول:مفهوم الشرط

### الفرع الأول:تعريف الشرط

**الشرط لغة:**إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه ، و الجمع شروط، و الشرط بفتحتين العلامة و منه قوله تعالى : ﴿ فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّىٰ لَهُمْ إِذَا جَآءَتْهُمْ ذِكْرَىٰهُمْ ﴾ محمد: 18 ،ومنه يسمي الشَّرَط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يُعرفون بها الواحد شُرْطةٌ و شُرْطيٌ بسكون الراء [1].

**الشرط اصطلاحا:**ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان خارجا على حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، و لكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء.

فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق، فإذا لم توجد زوجية لم يوجد طلاق، ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق [2].

و الفرق بين الشرط و الركن أن كلا منهما يتوقف وجود الشيء عليه إلا أن الركن هو جزء من ماهية الشيء لا يمكن أن ينفك عنه كالمحل في عقد الزواج، و أما الشرط و إن كان الشيء متوقف عليه إلا أنه خارج عن الماهية كالإشهاد في عقد الزواج.

### الفرع الثاني: أقسام الشرط

ينقسم الشرط بحسب مصدره إلى قسمين:

**الشرط الشرعي:**و هو ما كان مصدر اشتراطه الشارع الحكيم و ذلك بجميع الشروط التي اشترطها الشارع في الزواج و البيع و الهبة و الوصية و غير ذلك.

---

[1] – محمد ابن منظور ، مرجع سابق، ج7 ص329 ، محمد بن أبي بكر الرازي ، ، مرجع سابق ، ج1 ص354 .

[2] – د- عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2011ص46، د- محمد حسن هيتو، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق سوريا ، الطبعة الأولى سنة 2009، ص49 .

**الشرط الجعلي**:ما كان مصدر اشتراطه المكلف،جاء في الموسوعة الفقهية: الشروط الجعلية هي الشروط التي يشترطها المكلف في العقود و غيرها كالطلاق والوصية،

وهو نوعان:شرط تعليقي مثل:إن دخلت الدار فأنت طالق،و شرط تقييدي مثل:وقفت على أولادي من كان منهم طالبا للعلم[1] .

[1] - الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت ،ج26ص6 .

## المطلب الثاني : موقف الفقه والقانون من هذه الشروط المقترنة بالعقد

اختلف الفقهاء في حكمهم على الشروط المقترنة بالعقد بين مضيق و موسع :

**1-مذهب المضيقين** :و هو مذهب ابن حزم الظاهري و يرى أن الأصل في الشروط الحضر إلا ما ورد به نص خاص أو إجماع بجوازه، فإرادة الإنسان في التعاقد مقيدة بما ورد به الدليل الشرعي [1].

و استدل على ذلك:

1-ماروه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد "[2] .

2-و ما رواه البخاري ومسلم عن الزهري قال عروة بن الزبير قالت عائشة رضي الله عنها : دخل علي رسول الله صلى الله عليه و سلم فذكرت له فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم ( اشتري وأعتقي فإن الولاء لمن أعتق ) ، ثم قام النبي صلى الله عليه و سلم من العشي فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال : ( ما بال أناس يشترطون شروطا ليس في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق ) [3].

ففي هذين النصين دليل على أن ما لم يرد دليل باعتباره لا عبرة باشتراطه، فإن اشترطه كان باطلا.

---

[1] – د- عبد الكريم زيدان ، مؤسسة رسالة ناشرون دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، سنة الطبعة 2012، ص375 .

[2] – البخاري ، باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ،مرجع سابق ،ج2 ص753 ، مسلم ، ،باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، مرجع سابق ج3 ص 1343 .

[3] – البخاري ، باب البيع والشراء مع النساء ، مرجع سابق ، ج 2 ص756، مسلم ، باب إنما الولاء لمن أعت، مرجع سابق ، ج2 ص 1140 .

**2-مذهب الموسعين:**و هو مذهب الحنابلة توسعوا في أطلاق إرادة المتعاقدين في اشتراط ما لم يرد دليل بتحريمه من الشروط الجعلية بلزوم الوفاء بها كشرط عدم الزواج عليها إلا إذا أسقطته و رضيت بمخالفته.

و استدلوا لمذهبهم:

1. قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾ المائدة: 1 ، وقوله تعالى : ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴾ الإسراء: 34 .
2. ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال: " إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج "[1] .
3. ما رواه البخاري و مسلم عن عبد الله بن أبي مليكة أن المسوربن مخرمة حدثه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه و سلم عن المنبر يقول:" إن فاطمة مني و إني أتخوف أن تفتن في دينها ثم ذكر صهرا له من بني عبد شمس فأثنى عليه في مصاهرته إياه فأحسن قال:حدثني فصدقني ووعدني فأوفى لي و إني لست أحرم حلالا و لا أحل حراما و لكن و الله لا تجتمع بنت رسول الله و بنت عدو الله مكانا واحدا أبدا " [2].

قال ابن القيم فتضمن هذا الحكم أمورا:أن الرجل إذا اشترط لزوجته أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط و من تزوج عليها فلها الفسخ [3].

---

[1] – أبو داود ، باب في الرجل يشترط لها دارها، مرجع سابق ، ج2 ص209 .قال الألباني صحيح ،صحيح سنن أبي داود ، مرجع سابق ، ج1ص595 .

[2] – البخاري ، باب ما ذكر من درع النبي صلى الله عليه و سلم وعصاه وسيفه وقدحه ، مرجع سابق ، ج3ص1131، مسلم ، باب فضائل فاطمة بنت النبي ،مرجع سابق، ج4 ص1896 .

[3] – ابن القيم ، مرجع سابق ، ج5 ص107 .

ما رواه أبو داود و غيره عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " الصلح جائز بين المسلمين زاد أحمد إلا صلحا أحل حراما أو حرّم حلالا،و زاد سليمان بن داود و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " المسلمين على شروطهم "[1].

فنص الحديث يدل على ما لم يرد منعه فالأصل فيه الجواز.

4. ماروواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال:" آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب و إذا وعد أخلف و إذا أوتمن خان " [2].

فإخلاف الوعد صفة من صفات المنافقين كما بين نبينا صلى الله عليه وسلم.

5-المعقول :الأصل في العقود التراضي قال تعال: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾ النساء: 29،فإذا تراض المتعاقدان ثبت حل ما تراضيا عليه إلا أن يتضمن ما حرمه الله و رسوله كالتجارة في الخمور و نحو ذلك[3].

**3-مذهب المتوسطين:**و هو مذهب الجمهور من الحنفية و المالكية و الشافعية و قد جمعوا بين المذهبين المضيقين و الموسعين،فلم يقولوا بتحريم الشروط مطلقا ،و م يبيحوها مطلقا و إنما قبلوها بشروط اختلفوا بينهم في تحديدها.

**أ-مذهب الحنفية:**الشرط صحيح و هو ما كان من مقتضي العقد أو ملائم لمقتضي العقد و لا يتنافى مع أحكام الشرع وجب الوفاء به كاشتراط المرأة أن يسكنها وحدها .

---

[1] - أبو داود، ،باب في الصلح ، مرجع سابق ج3ص332 .قال الألباني حسن صحيح ، صحيح سنن أبي داود مرجع سابق ، ج2 ص395.

[2] - البخاري ، باب علامة المنافق ، مرجع سابق ، ج1ص21 ، مسلم ، باب بيان خصال المنافق، مرجع سابق ج1ص76 .

[3] - د- عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ص379 .

و أمّا الشرط الفاسد المخالف لمقتضي العقد ، أو غير ملائم لمقتضي العقد كاشتراط الخيار لأحد الزوجين، أو لكل منهما العدول عن الزواج في مدة معينة بطل الشرط و صح العقد[1].

**ب-مذهب المالكية**: الشروط ثلاثة أنواع:

**الأول**:ما يقتضيه العقد و لو لم يذكر كشرط الإنفاق وحسن المعاشرة فهذا اشتراطه و عدمه سيان،و يحكم به ذكر أو ترك.

**الثاني**:ما كان مناقضا لمقتضي العقد كشرط أن لا يعدل بينها و بين ضرتها في المبيت أو لا ينفق و هذا يمنع اشتراطه ، و يفسخ به النكاح قبل البناء و يثبت بعده و يلغى الشرط.

**الثالث**:ما لا تعلق له بالعقد و لا ينفيه و لا يقتضيه كشرط أن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها أو بيتها،و هذا يكره اشتراطه لما فيه من أسباب الخصومات،و لا يفسد العقد باشتراطه و لا يفسخ لأجله لا قبل البناء و لا بعده و لا يلزم الوفاء به [2].

**ج-مذهب الشافعية**:ما كان من مقتضي العقد كشرط النفقة و القسم لها،أو لم يتعلق به غرض كشرط أن لا يأكل إلا كذا ألغي الشرط لانتقاء فائدته و صح النكاح و المهر.

إذا كان الشرط مخالفا لمقتضي العقد ، و لم يخل بمقصوده الأصلي كشرط أن لا يتزوج عليها،أو لا نفقة لها صح النكاح وفسد الشرط والمهر،لأنها لم ترضى بالمسمى إلا بشرط أن لا يتزوج عليها،و لم يرضى بالمسمى إلا بشرط أن لا نفقة لها،و إن أخلّ بمقصود النكاح كشرط الطلاق في نكاح المحلل بطل النكاح،و في قول يصح و يلغو الشرط [3].

---

[1] - د- وهبة مصطفى الزحيلي ، ، مرجع سابق ، ج9 ص46، 47 .

[2] - القرافي ، الذخيرة ، ، مرجع سابق ، ج4 ص405 ، الدردير ، الشرح الكبير ، ، مرجع سابق ، ج2ص317 ، أحمد بن غنيم النفراوي ، الفواكه الدواني ، تحقيق رضا فرحات ، مكتبة الثقافة الدينية ، ج3 ص970 .

[3] - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة : الأولى سنة1998م ، ،ج 1 ص435 ، محمد الزهري الغمراوي ،السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ص390 .

### د- موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط

تبنى المشرع الجزائري مذهب الحنابلة في الشروط لذا أجاز للمتعاقدين اشتراط ما شاء من الشروط التي يريانها كفيلة بضمان استقرار الرابطة الزوجية ما لم تكن منافية لمقتضى عقد الزواج أو مخالفة للقانون.

جاء في المادة 19:الصادرة بالأمر 05_ 02للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات،و عمل المرأة مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.

و جاء في المادة 32 الصادرة بالأمر05 :يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد.

فدلت المادة بمفهوم المخالفة أن الشرط الذي لا يشتمل على ما يتنافى ومقتضيات العقد معتبرا قانونا .

و أمّا القضاء فتبنى مذهب المالكية في الشروط و هو أن ما لا يقتضيه العقد و لا ينافيه حكمه الكراهة لما فيه من التحجير و لا يلزم الزوج به.

جاء في قرار49575 بتاريخ20_6_1988 من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد و لا ينافيه،و الذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به،و لا يؤثر في عقد الزواج،و من ثم فإن القضاء بما خالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بالعاصمة يكون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة و فرضوا عليه قيد هو مخير فيه.

و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه [1].

**و يلاحظ أن القضاء** مخالف لما أقره التشريع من عدم التقييد بالكراهة ما لم تخالف شروط القانون كما هو مبين من المادة19 ،وعليه لا عبرة به لأنه اجتهاد في معرض النص الصريح الواضح.

أما إذا خالفت الشروط مقتضى العقد، و كان العقد يشتملها كتأقيت النكاح ، وإسقاط النفقة بطل العقد كما جاء في المادة 32الأمر 05-02 " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع ، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد .

**و الذي يرجح** في المسألة ما ذهب إليه الحنابلة من إطلاق إرادة المتعاقدين للاشتراط في العقود ما لم تكن مناقضة لمقتضي العقد أو لأحكام الشريعة لقوة أدلتهم من الكتاب و السنة،و أمّا نهي النبي صلى الله عليه و سلم عن الشروط في قوله عليه السلام : من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل" فيحمل على الشروط التي حرمها الله تعالى،و أمّا ما لم يحرمه فيبقي على الإباحة جمعا بين الأدلة ،و الجمع عند الأصوليين عند التعارض أولى من الترجيح،ولكن ينبغي عند مراعاة الشروط و الوفاء بها أن لا تعود على العقد بالإخلال لمقاصده كشرط العمل الذي تشترطه المرأة في عقد نكاحها إذا أدى إلى إخلال بالتزاماتها الأسرية وجب حينئذ مراجعة هذه الشروط و الالتزام بها رفعا للخصومة التي تنشأ بين الزوجين بسبب ذلك و هذا ما يشهده الواقع .

لكن إذا اقترنت هذه الشروط بالعقد بعد انعقاده صحيحا بطل الشرط وصح العقد وهذا مذهب الحنفية في تصحيح العقود المقترنة بالشروط الفاسدة جاء في المادة 35 " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا .

[1] - المجلة القضائية للمحكمة العليا ، الصادرة 1991، العدد2 ن ص54 .

## المطلب الثالث : أثر الإخلال بالشروط على العقد

لم يرتب فقهاء المالكية و الشافعية أي جزاء على الإخلال بالشروط الم قترنة بالعقد لأن الإخلال بها لا يخل بمقاصد النكاح،بل المالكية كما سبق ذكره يرتبون عن الالتزام الكراهة لما في ذلك من التقييد و التحجير على الزوج المؤدي إلى الخصومات غالبا.

أمّا الحنفية و إن كان مذهبهم وجوب الالتزام بالشروط الصحيحة و التي لا تتنافى و مقتضيات العقد إلا أنّهم لم يرتبوا أي جزاء على هذا الإخلال .

وخالف في ذلك الحنابلة فأعطوا للمرأة الحق في طلب فسخ النكاح إذا خالف الزوج ما اشترط عليه كشرط عدم التزوج عليها .

قال ابن القيم : الرجل إذا اشترط لزوجته أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط و من تزوج عليها فلها الفسخ [1].

و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من إعطاء المرأة الحق في طلب التطليق لمخالفة الزوج الشروط المتفق عليها كما جاء في المادة 53الأمر 05-02 " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية ، وذكر المشرع عشرة أسباب منها 6- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

---

[1] - محمد بن أبي بكر بن القيم ، سبق ذكره ،ج5 ص107 .

# الفصل الثاني :
# تطبيقات قضائية في مجال الطلاق

## تمهيد :

نخص هذا الفصل في بيان التطبيقات القضائية المتعلقة بمسائل الطلاق وقد قسمته إل االمباحث التالية :

**المبحث الأول : المتعة وأحامها**

**المبحث الثاني : الطلاق بلا سبب**

**المبحث الثالث : الخلع**

**المبحث الرابع : الحضانة وأحكامها**

# المبحث الأول : المتعة وأحكامها

## تمهيد

المتعة ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على صداقها جبرا لخاطرها المنكسر بألم الفراق .

وهي مقدرة بثلاثة أثواب درع وخمار وملحفة، أو بحال الزوج يسارا وإعسارا لقوله تعالى: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة: 236 ، أو بتقدير القاضي كما سنوضحه في هذا المبحث الذي قسمته إلى المطالب التالية :

**المطلب الأول : تعريفها**

**المطلب الثاني : حكمها**

**المطلب الثالث : مقدارها**

## المطلب الأول : تعريفها :

### الفرع الأول : تعريفها لغة :

المُتعة والمِتعة والمَتعة : البلغة ، يقول الرجل لصاحبه الغني متعة أعيش بها أي ابغ لي شيئا أكله أتزوده ، أو قوتا أقتاته ، ومنه قوله تعالى : ﴿ يَٰقَوۡمِ إِنَّمَا هَٰذِهِ ٱلۡحَيَوٰةُ ٱلدُّنۡيَا مَتَٰعٞ وَإِنَّ ٱلۡأٓخِرَةَ هِيَ دَارُ ٱلۡقَرَارِ ﴾ غافر: 39 أي بلغة يتبلغ بها .

فالمتعة هي كلّ شيء ينتفع به ، ويتبلغ به ، ويتزود به والفناء يأتي عليه في الدنيا[1].

### الفرع الثاني : تعريفها اصطلاحا :

عرفها الشافعية بقولهم : " مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق ، أو ما في معناه[2] بشروط[3] " [4].

عرفها المالكية بقولهم : ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق بقدر حاله لقوله تعالى : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴾ البقرة: 236 .

يلاحظ أنّ هذين التعريفين متقاربين من حيث المعنى وهو أنّ المتعة مال يعطى للزوجة المطلقة بسبب الفرقة ، إلا أنّ الشافعية يصرحون بحكمها وهو الوجوب عندهم [1] بقولهم : " مال يجب على الزوج دفعه " بخلاف المالكية .

---

[1]– ابن منظور ، مرجع سابق ، ج 8 ص 328 ، 332 ، محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ج 1 ص 256 .

[2]– ومعنى قوله : " ما في معناه " أي ما في معنى الطلاق كاللعان والإيلاء والردة ، وكل فرقة من قبل الزوج أو بسببه .

[3]– أما الشروط فهي أن لا تكون الفرقة جاءت من جهة المرأة أو بسببها ، وذلك كردتها أو فسخة بعيبها فلا متعة لها قبل الدخول أو بعده . الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 241 .

[4]– الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 241 .

أمّا قانون الأسرة فلم يتطرق لتعريف المتعة ، بل لم يتطرق لموضوع المتعة كلّه تاركا تفصيله إلى الشريعة الإسلامية وفق المادة 222منه حيث تنص : كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

وتأكيدا لهذا نجد أنّ العمل بتقدير المتعة للمطلقة جاري في المحاكم ، والمجالس ، والمحكمة العليا وفق الشروط التي قررها الفقهاء كما هو موضحا من خلال هذه القرارات .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 21- 5- 1991 ما يلي :

إنّ تحديد نفقات العدة ، والمتعة، والنفقة الغذائية للزوجة ،والمطلقة وأولادها المحضونين ، وحق الحاضنة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك [2] .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 18- 6- 1991 مايلي :

من المستقر عليه قضاء أنّ تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، غير أنّهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة ، والتعويض ، والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [3] .

---

[1] -الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 477 ، الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 425 .

[2] - قرار رقم 72602 بتاريخ 21-5-1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة ، الصادرة بتاريخ 1995 ، العدد47 ، صفحة 149 .

[3] - قرار رقم 75029 بتاريخ 18-6-1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1994، العدد الثاني ، صفحة 65 .

## المطلب الثاني : حكمها :

اختلف الفقهاء في حكم المتعة على أقوال أربعة :

**القول الأول** : قول الحنفية[1] أنّ المتعة تجب على المطلق في حالتين :

1 – إذا طلق قبل الدخول و لم يسم لها مهرا .

2 – إذا طلق قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فاسدا .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أ– قوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة: 236

ب– قوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَـٰتِ مَتَـٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ البقرة: 241

ج– قوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ الأحزاب: 49 .

ووجه دلالة الآيات على الوجوب من وجوه :

**أحدهما** : قوله تعالى " فمتعوهن " لأنّه أمر والأمر يقتضي الوجوب حتى تقوم الدلالة على الندب

---

[1]- المرغياني ، مرجع سابق ، ج 1 ص 205 ، ابن نجيم محمد بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 3 ص 166 ، ابن عابدين ج 3، مرجع سابق ، ص 110 ، السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 61 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 335 .

**الثاني** : قوله تعالى " مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ " البقرة: 236 تأكيد لا يجابه إذ جعلها من شرط الإحسان ، وعلى كل أحد أن يكون من المحسنين ، وكذلك قوله تعالى " حقا على المتقين " ولأنّ الواجبات لا يختلف فيها المتقون والمحسنون ، وغيرهم ، فليس

تخصيصهم بالذكر نفيا على غيرهم كما قال تعالى : ﴿ الٓمٓ ١ ذَٰلِكَ ٱلۡكِتَٰبُ لَا رَيۡبَۛ فِيهِۛ هُدٗى لِّلۡمُتَّقِينَ ﴾ البقرة: 1-2 .

وهو هدى للناس كافة كقوله تعالى : ﴿ شَهۡرُ رَمَضَانَ ٱلَّذِيٓ أُنزِلَ فِيهِ ٱلۡقُرۡءَانُ هُدٗى لِّلنَّاسِ ﴾ البقرة: 185، فلم يكن قوله تعالى " هُدٗى لِّلۡمُتَّقِينَ " موجبا لأن لا يكون هدى لغيرهم[1] .

**الثالث** : أنّ الله أضاف المتعة إليهن بلام التمليك " وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ " ثم قال : " حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ " فأفاد الوجوب .

**الرابع** : عموم قوله تعالى : (فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ) فتشمل المحسنين والمتقين وغيرهم .

وتستحب لكل مطلقة بعد الدخول تخفيفا عما تجده من ألم بسبب الطلاق فضلا عن دفع كامل مهرها المعجل والمؤجل .

وأمّا المطلقة قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فلا متعة لها ، لأنّ نصف المهر ثابت لها ، فيقوم مقام المتعة لقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ وَأَن

[1]– الجصاص ، مرجع سابق ، ج 2 ص 137 ، 138 .

﴿ تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾

البقرة: 237.

**القول الثاني** : قول المالكية [1] وقد ذهبوا إلى الندب في مشهور المذهب وقيل بالوجوب .

قال مالك : لا يجبر أحد على المتعة سمى أو لم يسمّ ، دخل بها أو لم يدخل وإنّما هي مما ينبغي أن يفعله ، وليس يجبر عليه[2] .

والمتعة تكون للمطلقات التالية :

1- المطلقة في نكاح التفويض قبل الدخول ، وأما المسمىّ له ا مهرا ، فلا متعة لها لاستحقاقها نصف المهر .

روى مالك عن نافع عن ابن عمر أنّه كان يقول : لكلّ مطلقة متعة إلا التي تُطلّق وقد فرض لها صداق ، و لم تمسّ ، فحسبها نصف ما فرض لها[3] .

2- كل مطلقة طلاقا بائنا .

3 – الرجعية بعد تمام عدّتها ، لأنّها ما دامت في العدة ترجوا المراجعة ، فلم ينكسر قلبها بألم الفراق بخلاف ما إذا بانت بالخروج منها ككل بائنة .

4 – كلّ مطلقة في نكاح لازم احترازا به عن غير اللازم وهو شيئان :

**أ–** الفاسد الذي لم يمضي بالدخول .

**ب–** الصحيح غير اللازم كنكاح ذات العيب ، فان ردته بعيبه ، أوردها بعيبها فلا متعة .

واستدلوا على استحبابها بما يلي :

---

1– الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 477 ، الدردير، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 425 .

2- ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 6 ص 121 .

3– مالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في متعة الطلاق ، مرجع سابق ، ج2 ص573 .

1- قوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة: 236 .

ووجه الاستدلال بالآية أنّ الأمر في قوله تعالى " وَمَتِّعُوهُنَّ " للوجوب لولا تقيده بقرينة صرفته إلى الندب ، وهي قوله تعالى : " حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ " و " حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ " لأنّ الواجب لا يتقيد بهما ، ويؤكده قوله تعالى في العفو عن الصداق ، " وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ " البقرة آية 237 ، فأضافه إلى التقوى وليس بواجب .

2- إنّ المتعة لو كانت فرضا واجبا يقضي به لكانت مقدرة معلومة كسائر الفرائض في الأموال ، فلما لم تكن كذلك خرجت من حد الفروض إلى حد الندب والإرشاد والاختيار ، وصارت كالصلة والهدية[1] .

**القول الثالث** : قول الشافعية[2] أنّ المتعة واجبة للمطلقة في الحالات التالية :

1- إذا طلقت بعد الدخول بها .

2- إذا طلقت قبل الدخول بها ، و لم يكن سمّى لها مهرا في عقد الزواج .

3- إذا حكم بفراقها لزوجها ، وكان الفراق بسبب منه ، كردته ، ولعانه ، وكان هذا الفراق قد وقع بعد الدخول ، أو قبل الدخول ، ولكن بشرط أن لا يكون قد سمّى لها مهرا في عقد الزواج .

---

[1] - ابن عبد البر ، الاستذكار 6، مرجع سابق ، ص121.

[2] - الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 63 ، الشافعي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 68 ، الغزالي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 267 ، البجيرمي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 426 ، الشربيني ، مغني المحتاج، مرجع سابق ، ج 3 ص 241 .

وأمّا المرأة المطلقة قبل الدخول ، وقد سّمى لها مهرا في عقد الزواج ، فلا متعة لها لأنّها نالت نصف المهر ، وهي لم تبذل شيئا بعد لزوجها .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- قوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴾ البقرة: 236 .

ووجه دلالة الآية أن قوله تعالى " ومتعوهن " أمر ، والأمر يقتضي الوجوب ولا ينافيه أي ( الوجوب ) قوله تعالى " حقا على المحسنين " لأنّ فاعل الواجب محسن[1] .

2- قوله تعالى: ﴿ وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾ البقرة: 241 .

ووجه دلالة الآية أنّها عامة تشمل كل المطلقات إلا ما خصصها الدليل كالمطلقة بعد الفرض وقبل الدخول .

**القول الرابع:** قول الحنابلة[2] : في المذهب روايتان عن الإمام احمد في حكم المتعة :

**الرواية الأولى** : تجب المتعة للمطلقة قبل الدخول و لم يسم لها مهرا ، لقوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴾ البقرة: 236 .

---

[1]- البجيرمي ، مرجع سابق ، ج3 ص426 .

[2]- ابن ضويان ، مرجع سابق ، ج 2 ص 182 ، ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، مرجع سابق ، ج 3 ص 108 ، ابن إدريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 158 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 182 ، 183 ، 184 ، ابن إدريس ، الروض المربع ، مرجع سابق ، ج 3 ص 115 .

ووجه دلالة الآية أنّ قوله تعالى : " وَمَتِّعُوهُنَّ " أمر والأمر يقتضي الوجوب ولا يعارضه قوله تعالى : " حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ " لأن أداء الواجب من الإحسان .

وتستحب لكل مطلقة غيرها لقوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ البقرة: 241 .

**الرواية الثانية** : المتعة واجبة لكل مطلقة لظاهر قوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ البقرة: 241 ، ولقوله تعالى لنبيه : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ الأحزاب: 28 .

وظاهر المذهب أنّ المتعة لا تجب إلا للمفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت لقوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ ثم قال : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة: 237 ، فخص الأولى بالمتعة ، والثانية بنصف المفروض مع تقسيم النساء إلى قسمين ، وإثباته لكل قسم حكما فدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه .

أمّا قانون الأسرة فذهب إلى وجوب النفقة لكلّ مطلقة شريطة أن لا يكون الطلاق بسببها .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 8- 4- 1985 ما يلي :

إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها ، وهي في حدّ ذاتها تعتبر تعويضا ، فإنّ القضاء بما يخالف هذا يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ آخر كتعويض [1].

أمّا إذا كان الطلاق بسببها فلا حق لها في المتعة لأنّه لا يلحقها ألم بسبب هذه الفرقة ، ويكون الطلاق بسببها إذا طلبت الطلاق بواسطة التطليق ، أو الخلع كما أكّدته هذه القرارات منها :

قرار المحكمة العليا بتاريخ 29- 12- 1986 ما يلي :

من المقرر شرعا أنّ المتعة لمن طلقها زوجها ، وليست لمن طلقت نفسها بحكم ، ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة .

ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ الزوجة أقامت دعوى التطليق ، واستجابت المحكمة لطلبها ، ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإنّ القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة [2].

---

[1]- قرار رقم 35912 بتاريخ 8-4-1985 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1989، العدد الأول ، صفحة 89 .

[2]- قرار رقم 43860 بتاريخ 29-12-1988، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1993 ، العدد الثاني ، صفحة 41 .

و قرار المحكمة العليا بتاريخ 21- 11- 1988 ما يلي :

من المقرر شرعا أنّ المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها ، وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها ، ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية .

لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بتطليق المطعون ضدها من الطاعن ، والحكم لها بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

والذي يترجح مذهب المالكية من أنّ المتعة مندوب إليها ، وليست واجبة إلا للتي طلقت قبل الدخول و لم يسم لها مهر ، ولأنّها شرعت جبرا لألم الفرقة ، وما كان كذلك لا يكون واجبا ، لأنّه مال يعطى لها زائدا عن صداقها .

ولقوله تعالى ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَـٰتِ مَتَـٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ البقرة: 241 ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة: 236 .

ووجه دلالة الآيتين أنّه لو كان واجبا لما تقيّد بالمحسنين والمتقين ، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار إلى ما ذهب إليه القضاء في قراراته السابقة من اشتراط كون الطلاق ليس بسببها ، وهو ما يتوافق مع مقصود المتعة من التشريع ، كما نبه الفقهاء على ذلك وخاصة المالكية الذين قالوا إنها شرعت جبرا لألم الفرقة ، ومن طلبت التطليق أو الخلع لا تكون متألمة بهذه الفرقة ، لأنها هي الساعية إليها رفعا للضرر والغبن عنها .

---

[1]- قرار رقم 51614 بتاريخ 21-11-1988، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1990، العدد الربع ، صفحة 67 .

## المطلب الثالث :مقدارها

اختلف الفقهاء في مقدارها كاختلافهم في حكمها إلى الأقوال التالية :

**القول الأول** : قول الحنفية [1] المتعة مقدرة بثلاثة أثواب من الكسوة ، وهي درع وخمار وملحفة[2] وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما .

وكان ابن عباس يقول : أرفع المتعة خاتم وأوسط المتعة الكسوة ، وأدناها النفقة[3] .

ودليلهم قوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ البقرة: 241 ، والمتاع اسم للعروض في العرف .

ولأنّ لايجاب الأثواب نظيرا في أصول الشرع وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام النكاح والعدة وأدنى ما تكتسي به المرأة وتستتر به عند الخروج ثلاثة أثواب[4] .

ولا تزيد المتعة عن نصف مهر المثل، لانّ الله تعالى لم يجعل للمطلقة قبل الدخول بعد التسمية أكثر من نصف المسمى، فلا نعطيها عند عدم التسمية أكثر من نصف مهر المثل إلا إذا رغب الزوج في الزيادة وهو متبرع بها.

ولا تنقص عن خمسة دراهم[5] لانّ المهر لا يصح عند الحنفية بأقل من عشرة دراهم، ونصفه يجب أن لا يقل عن خمسة ، فيجب أن لا تقل المتعة القائمة مقام النصف عن الخمسة.

---

1- المرغياني ، مرجع سابق ، ج 1 ص 205 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 110 ، السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 62 ، 63 الجصاص ، مرجع سابق ، ج 2 ص 144 .

2- الملحفة : ما تلتحف به المرأة من قرنها إلى قدمها .

3- السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 61 ، الجصاص ، مرجع سابق ، ج 2 ص 144 .

4- الكساني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 304 .

5- المرغياني ، مرجع سابق ، ج 1 ص 205 .

وأمّا المعتبر في المتعة فقد اختلف فقهاء الحنفية[1] فيه إلى ما يلي:

1- المعتبر فيها حاله عملا بالنص وقوله تعالى : " وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ " البقرة آية 236 ، وهو قول أبي يوسف واختيار السرخسي وصاحب الهداية .

2 – المعتبر فيها حالها، لأنّها بدل عن مهر المثل فتقوم مقامها.

3 – المعتبر فيها حالهما ، فان كانا غنيين فلها الأعلى من الثياب ، أو فقيرين فالأدنى ، أو مختلفين فالوسط ، وهو ما اختاره الخصاف وهو ما عليه الفتوى كما صرح صاحب البحر الرائق .

ودليلهم أنّ الله علّق الحكم في تقدير المتعة بشيئين حال الرجل في يساره ، وإعساره ، وأن يكون مع ذلك بالمعروف.

فلو اعتبرنا حال الرجل وحده عاريا من اعتبار حال المرأة لوجب أن يكون لو تزوج امرأتين إحداهما شريفة ، والأخرى دنيئة ثمّ طلّقها قبل الدخول ، و لم يسم لهما أن تكونا متساويتين في المتعة فتجب لهذه الدنيئة كما تجب لهذه الشريفة ، وهذا منكر في عادات الناس معروف[2] .

4- المعتبر فيها إن كانت المتعة واجبة حال المرأة لأنه بدل عن مهر المثل، وإن كانت مستحبة فبحال الزوج وهو اختيار الكرخي[3].

---

[1]- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 111 ، المرغناني ، مرجع سابق ، ج 1 ص 205 ، الجصاص ، مرجع سابق ، ج 2 ص 142.

[2] -الجصاص ، مرجع سابق ، ج 2 ص 143 .

[3]- الكرخي هوأبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال البغدادي الكرخي الفقيه، مفتي العراق ، وشيخ الحنفية ، انتهت إليه رئاسة المذهب ، وانتشرت تلامذته في البلاد ، واشتهر اسمه ، وبعد صيته ، وكان من العلماء العباد ، عاش ثمانين سنة. الذهبي ، مرجع سابق ، ج15- ص 426 .

**القول الثاني** : قول المالكية : أنّها غير محددة ولا مقدرة ، ولا معلوم مبلغها ولا معروف قدرها معرفة وجوب لا يتجاوزه ، بل هي على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف[1] لقوله تعالى : " وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ " البقرة آية 236 ، وقوله تعالى : " ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَـٰتِ مَتَـٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ البقرة: ٢٤١ .

قال مالك : ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ، ولا كثيرها [2] ، وهي معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره لقوله تعالى : " وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ " البقرة آية 236 .

**القول الثالث** : قول الشافعية [3] : عند تقدير المتعة إمّا أن يتفق الزوجان على مقدارها ،وإمّا أن يختلفا ، فان اتفقا على مقدار معين من المال ، قلّ أو كثر كان ذلك لها ، وصحت المتعة على ما اتفقا عليه .

وان اختلفا في تقديرها ، فانّ القاضي هو الذي يتولى تقديرها .

قال الشافعي : الأصل أّنه لا ضابط فيه إلا الاجتهاد كما في التعزيرات ، فإنّها على قدر الجنايات ، وعلى قدر أخلاق الجناة في الغرامة والسلامة[4] .

ويستحب أن لا تنقص عن ثلاثين درهما ، ولا يزاد على نصف المهر كما لا يزاد التعزير على الحد ، فان لم يكن في النكاح مهر فمرد المتعة إلى نصف مهر المثل فلتنتقص عنه .

---

[1] – ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 6 ص 118 .

[2] – القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 201 .

[3] –الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص63 ، الغزالي ، مرجع سابق ، ج5 ص 267 ، الشربيني ،مغنى المحتاج ، مرجع سابق ، ج3 ص 242 .

[4] - الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص63 .

فان زاد عليه جاز لإطلاق الآية الكريمة ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة: 236.

وأما المعتبر في تقدير المتعة فقد وقع فيها خلاف في المذهب ونجمله فيما يلي :

1- أنّها معتبرة بحال الزوج لقوله تعالى : ( وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ) البقرة: 236. .

2- أنّها معتبرة بحال الزوجة لأنّه بدل عن مهر المثل فتقوم مقامه .

3- معتبرة بحالهما من يسار الزوج وإعساره ، ونسب الزوجة وصفاها .

قال الغزالي وهو الصحيح[1] ، لقوله تعالى ( وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ) البقرة آية 236 .

ولو اعتبرنا حال الزوج وحده لزم منه أّنه لو تزوج امرأتين إحداهما شريفة والأخرى دنيئة ثّم طلقها قبل المسيس و لم يسم لها أن تكونا متساويتين في المتعة فيجب للدنيئة ما يجب للشريفة ، وهذا خلاف ما قال الله تعالى : " مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ " ويلزم منه أنّ الموسر العظيم اليسار إذا تزوج امرأة دنيئة أن يكون مثلها ، لأنّه إذا طلقها قبل الدخول والفرض لزمته المتعة على قدر حاله ، ومهر مثلها فتكون المتعة على هذا أضعاف مهر مثلها ، فتكون قد استحقت قبل الدخول أضعاف ما تستحقه بعد الدخول من مهر المثل الذي فيه غاية الابتذال وهو الوطء[2] .

---

[1]- الغزالي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 267 .

[2]- القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 202 .

**القول الرابع** : قول الحنابلة [1] اختلفت الرواية عن الإمام أحمد في تقدير المتعة إلى ثلاث روايات هي كالتالي :

**الرواية الأولى** : أنّ أعلى المتعة خادم لمن كان موسرا ، وكسوة من درع [2] وخمار [3] وثوب تصلي فيه ونحو ذلك لمن كان فقيرا .

قال ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ، ثم دون ذلك الكسوة ونحوه [4] ، وهذا تفسير من الصحابي فيجب الرجوع إليه .

**الرواية الثانية** : يرجع في تقديرها إلى الحاكم ، لأنّه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو ما يحتاج إلى الاجتهاد ، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات .

**الرواية الثالثة** : أنها مقدرة بنصف مهر المثل ، لانّ مهر المثل مستحق بالعقد ، والمتعة هي بعض مهر المثل فيجب لها كما يجب نصف المسمى إذا طلق قبل الدخول .

وقد ضعف ابن قدامة هذه الرواية لوجهين :

**أحدهما** : أنّ نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج ، وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة ، لأنّ المهر معتبر بها لا بزوجها .

**الثاني** : أنّا لو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر إذ ليس المهر معينا في شيء ،ولا المتعة أيضا

---

[1]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 186 ، ابن قدامة ، الكافي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 108 ، ابن إدريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 158 ، ابن ضويان ، مرجع سابق ، ج 2 ص 182 ، 183 .

[2]- درع : قميص المرأة والجمع أدراع .

[3]- خمار : ما تغطي به المرأة رأسها .

[4]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 186 ، ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 158 ، ابن ضويان ، مرجع سابق ، ج 2 ص 183 .

وهذا في حالة التنازع ، وأما في حالة الاتفاق على الأقل من ذلك أو الأكثر منه بأن سمح لها بزيادة على الخادم ، أو رضيت بأقل من الكسوة جاز ، لانّ الحق لهما لا يخرج عنهما ، وهو مما يجوز بذله فجاز عليه كالصداق .

وقد روى عن الحسن بن علي أنه متع امرأة بعشرة آلاف درهم فقال : متاع قليل من حبيب مفارق[1] .

والمتعة معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره لقوله تعالى : ( وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ) البقرة آية 236 ، وهذا نص أنّها معتبرة بحال الزوج ، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره .

وقيل معتبرة بحال الزوجة لانّ المهر معتبر بها ، كذلك المتعة القائمة مقامه .

أمّا القضاء الجزائري فلم يحدد لها مقدارا معينا ، وإنّما يرجع في تقديرها ، وتحديدها إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، وهو مذهب الشافعية ورواية عن الإمام أحمد .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 21- 5- 1991 ما يلي :

إنّ تحديد نفقات العدة ، والمتعة، والنفقة الغذائية للزوجة ،والمطلقة وأولادها المحضونين ، وحق الحاضنة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك [2] .

---

[1]- الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 63 ، الغزالي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 267 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 242 .

[2]- قرار رقم 725029 بتاريخ 18-6-1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة ، الصادرة بتاريخ 1995 ، العدد47 ، صفحة 149 .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 18- 6- 1991 ما يلي :

من المستقر عليه قضاء أنّ تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، غير أنّهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة ، والتعويض ، والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1] .

فتحديد المتعة وإن كان يرجع في تحديدها لسلطة القاضي التقديرية إلا أنّه مطالب وفق القرارات السابقة أن يذكر أسباب تحديدها حتى لا يخرج عن المألوف والمعهود فيكون القاضي متعسفا في استعمال حقه ، ويعرض قراره للنقض .

والذي يترجح أنّ المتعة ليست مقدّرة بمقدار معين ، وإنّما يرجع فيها إلى سلطة القاضي التقديرية المراعي فيها لحال الزوج لقوله تعالى (**وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ**) البقرة آية 236 .

وبناءا على أنّ حكمها الندب كما رجحت ، وإذا كان كذلك فلا يلزم الزوج المطلّق بحد معين ، وإنما في حدود الوسع والطاقة ، وإلا كانت واجبة عليه .

---

[1]- قرار رقم 75029 بتاريخ 18-6-1991، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1994، العدد الثاني ، صفحة 65 .

# المبحث الثاني : الطلاق بلا سبب

**تمهيد :**

الطلاق ليس حقا مطلقا يمارسه الزوج متى شاء ، بل هو مقيّد بعدم الإضرار ، والتعسف في استعمال الحق، فإذا تعسف الزوج في استعمال حقه بأن طلّق لغير حاجة آثم ، ولزمه التعويض رفعا للضرر لقول النبي صلى الله عليه وسلّم " لا ضرر ولا ضرار " [1] ، وللقاعدة الفقهية " الضرر يزال " .

وهذا ما سنوضحه في هذا المبحث الذي قسمته إلى مطلبين :

## المطلب الأول : الطلاق التعسفي

## المطلب الثاني : الطلاق في مرض الموت

[1] - سبق تخريجه ص72 .

## المطلب الأول : الطلاق التعسفي

الطلاق التعسفي هو اصطلاح قانون الأسرة الجزائري وغيره على الطلاق الذي ينشئه الزوج دون سبب معقول .

جاء في المادة 52 من قانون الأسرة 05-02: إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

وجاء في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري : إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول و أن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال[1] .

و أمّا في الفقه الإسلامي فلا وجود لهذا المصطلح في مفردات كتب الطلاق سواء أكان عند القدامى أو المحدثين وذلك لسبب بسيط أن الزوج عند كثير من الفقهاء كالسرخسي و الزيلعي [2] و ابن نجيم و القرطبي [3] وغيرهم يمارس بطلاقه حقا مشروعا لا يوصف عند استخدامه لهذا الحق بالتعسف ،ولأنّ الأصل فيه الإباحة ، وإن كان أبغض المباحات إلى الله ، فللزوج أن يطلق زوجته و إن لم يكن هناك سبب يستوجب طلاقها سوى الخلاص منها .

---

[1]- الصابوني ، مرجع سابق ، ج2 ص52

[2]- عثمان بن علي بن محجن بن يونس أبو عمرو الملقب فخر الدين الإمام العلامة أبو محمد الزيلعي قدم القاهرة فى سنة خمس وسبع مائة فاضلا ورأس بها ودرس وأفتى وصنف وانتفع الناس به ونشر الفقه مات فى رمضان بقرافة مصر سنة ثلاث وأربعين وسبع مائة رحمه الله تعالى . عبد القادر بن أبي الوفاء ، الجواهر المضية في طبقات الحنفية دار مير محمد كتب خانه ، كراتشي ، ج1ص345

[3]- السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 2.3 ، ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 3 ص 253 ، القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 126 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 228 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 277 .

قال القرطبي : دلّ  الكتاب و السنة و إجماع الأمة على أنّ الطلاق مباح غير محظور ، قال ابن المنذر : وليس في المنع منه خبر يثبت[1] .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- قوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة: 236، ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ الأحزاب: 49، ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ الطلاق: 1، ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ ﴾ البقرة: 229، فهذه الآيات وردت مطلقة ، و إطلاقهما يقتضي إباحة الطلاق مطلقا .

لذلك علق عليها الإمام الشافعي بقوله : دلت على إباحة الطلاق ، فالطلاق مباح لكل زوج ....إلا أنه ينهى عنه لغير قبل العدة [2] .

2-ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أنّه طلق امرأته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وهي حائض قال عمر فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، مره فليراجعها ثمّ ليمسكها حتى تطهر ثمّ تحيض ثمّ تطهر فإن شاء أمسك ، و إن شاء طلقها قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عزوجل أن تطلق لها النساء [3] .

---

[1]- القرطبي ، مرجع سابق ، ج3 ص126 .

[2]-الشافعي ، مرجع سابق ، ج5 ص 179.

[3]- مالك ، كتاب الطلاق، باب ماجاء في عدّة الأقراء وطلاق الحائض ، مرجع سابق ، ج2 ص576 مسلم ، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، مرجع سابق ، ج2 ص1093 .

ووجه دلالة الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عن ابن عمر طلاقه وإنّما أنكر عليه إيقاعه في الحيض لما يترتب عليه من الضرر اللاحق بالمرأة من تطويل عدّتها بدليل قوله فإن شاء أمسك و إن شاء طلق .

3-ما رواه ابن ماجه عن سعيد بن جبير عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم طلّق حفصة ثمّ راجعها " [1].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنّ الطلاق لو لم يكن مباحا ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم لأنّه متره عن ارتكاب المحظور .

4-فعل الصحابة رضوان الله عليهم فإنّهم كانوا يطلقون من غير نكير عليهم طلق عمر أم عاصم، وابن عوف تماضر ، و المغيرة بن شعبة أربع نسوة و الحسن بن علي رضي الله عنهما استكثر النكاح و الطلاق بالكوفة .

فقال علي رضي اله عنه على المنبر إن ابني هذا مطلاق فلا تزوجوه ، فقالوا : نزوجه ثمّ نزوجه ثمّ نزوجه[2] .

5-استدلوا بالقياس فقاسوا الطلاق على الاعتاق ، بجامع إزالة الملك في كل ، فالطلاق إزالة للحق بطريق الإسقاط و الاعتاق إزالة للملك بطريق الإسقاط ، و الاعتاق مباح في أصل شرعه فكذلك الطلاق [3] .

و أمّا فقهاء القانون فمسندهم فيما ذهبوا إليه ما قرره فريق من فقهاء المسلمين كابن عابدين و الكساني [1] و الكمال بن الهمام [2] و القاضي أبو يعلى [3] والنووي وغيرهم من

---

[1]- ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، مرجع سابق ، ج1ص650، البيهقي ، باب إباحة الطلاق ، مرجع سابق ، ج7 ص321، أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب المراجعة ، مرجع سابق ، ج2 ص285 ، النسائي ، كتاب الطلاق، باب المراجعة ، مرجع سابق ، ج3 ص403 ، أحمد ، حديث عاصم بن عمر رضي الله عنه ، ج2 ص478 ، قال شعيب الأرناؤوط حديث صحيح لغيره ، وهذا إسناد ضعيف لإرساله .

[2]- ابن نجيم ، زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 3 ص 253، السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 3.

[3]-السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 2-3 ، ابن نجيم ، زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 3 ص253، السيواسي ، مرجع سابق ، ج3 ص464 .

أنّ الأصل في الطلاق الحظر و المنع ولا يباح إلا عند وجود ما يقتضي إباحته لسوء عشرة الزوجة ، أو سوء خلقها ، أو غير ذلك من الأسباب التي تعتبر مبررا لإنهاء الحياة الزوجية

أمّا إذا طلق الزوج لغير مبرر مع استقامة الحال بينهما فإنّ هذا الطلاق يكون مكروها و في رواية عن القاضي أبي يعلى من فقهاء الحنابلة أن يكون محرما ، لأنّ الزوج حينئذ قد أضر بنفسه وزوجته و أعدم المصلحة القائمة بينهما من غير حاجة إلى الطلاق فكان حراما كإتلاف المال لقول النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " [4] .

قال ابن عابدين : الأصل فيه الحظر و الإباحة للحاجة إلى الخلاص فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقا ، وسفاهة رأي ، ومجرد كفران نعمة و إخلاص الإيذاء بها و بأهلها و أولادها[5].

---

[1]- **الكساني** هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاشاني أو الكاساني ، يروى بكليهما ، علا الدين ، فقيه حنفي من أهل حلب له: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في سبع مجلدات ، السلطان المبين في أصول الدين ، توفي بحلب . الزركلي ، مرجع سابق ، ج2- ص70.

[2]- محمد ابن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود السيواسي ثم الإسكندري ، كمال الدين المعروف **بابن الهمام** إمام من علماء الحنفية ، عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والموسيقى والنطق ، أصله من سيواس ، ولد بالإسكندرية ، ونبغ في القاهرة ، وأقام بحلب مدّة ، وجاور بالحرمين ، ثم كان شيخ الشيوخ بالخانقاه الشيخونية بمصر، وكان معظما عند الملوك وأرباب الدولة ، توفي بالقاهرة ، من كتبه " فتح القدير – ط" في شرح الهداية ثماني مجلدات في فقه الحنفية ، و" التحرير - ط" في أصول الفقه ، و" المسايرة في العقائد المنجية في الأخرة – ط" ، و"زاد الفقير – ط" مختصر في فروع الحنفية .االزركلي ، مرجع سابق ، ج6 ص255 .

[3]- محمد ابن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء **أبو يعلى** كان عالم زمانه وفريد آلاف ونسيج وحده وقريع دهره وكان له في الأصول والفروع القدم العالي وفي شرف الدين والدنيا المحل السامي والخطر الرفيع فأما مولده فولد لتسع وعشرين أو ثمان وعشرين ليلة خلت من وسلم المحرم سنة ثمانين وثلاثمائة وأما شيوخه فأول سماعه للحديث سنة خمس وثمانين وثلاثمائة . أبو الحسين ابن أبي يعلى ، محمد بن محمد ، طبقات الحنابلة ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة ، بيروت ، ج2-ص 193-194

[4]- ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 277 .

[5]- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص 228 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج3 ص465 .

واستدل هذا الفريق إلى ما ذهب إليه بما يلي:

1-قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾ النساء: 34 .

فإذا كانت الزوجة مطيعة فلا يبغ الزوج عليها سبيلا كضرب أو شتم أو طلاق، لانّ الله عز وجل نهى الأزواج في هذه الآية عن ظلمهم لزوجاتهم إن كن مطيعات ، و النهي يقتضي التحريم فيكون الطلاق بلا سبب حراما لا مباحا ، لذا قال ابن عابدين عقب ذكره للآية " أي لا تطلبوا الفراق "[1] .

2-ما رواه البيهقي و ابن ماجة عن محارب بن دثار عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم أبغض الحلال إلى الله الطلاق "[2] وفي رواية أخرى " ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق "[3] .

ووجه دلالة الحديث أنّ الطلاق مبغوض عند عدم الحاجة إليه مباح عند تحققها .

و جاء في البحر الرائق : قال الشمني[4] رحمه الله فإن قيل هذا الحديث مشكل لأنّ كون الطلاق مبغضا إلى الله مناف لكونه حلالا ، لأنّ كونه مبغضا يقتضي رجحان تركه على

---

[1] – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 228 .

[2] - أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في كراهة الطلاق، مرجع سابق ، ، ج2 ص225 ، ابن ماجة ، كتاب الطلاق ، مرجع سابق ، ج1 ص650، البيهقي ، باب ما جاء في كراهية الطلاق، مرجع سابق ، ، ج7 ص322 .قال الألباني ضعيف ، محمد ناصر الدين الألباني ، ضعيف سنن أبي داود ،مكتبة المعارف ، الرياض ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1419هـ 1998م ، ص169 .

[3] – أبوداود، كتاب الطلاق ، باب في كراهة الطلاق ، مرجع سابق ، ، ج2 ص254، البيهقي ، باب ما جاء في كراهية الطلاق ، مرجع سابق ، ج7 ص322 ، محمد بن عبد اللّه الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ، دار الكتب العلمية ، بيروت الطبعة الأولى ، سنة 1411هـ 1990م ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، كتاب الطلاق ج2 ص214 .

[4] – أحمد بن محمد بن محمد بن حسن ابن علي الشمني القسنطيني الاصل، الاسكندري. أبو العباس، تقي الدين: محدث مفسر نحوي. ولد بالاسكندرية، وتعلم ومات في القاهرة. من كتبه (شرح المغني لابن هشام – ط) و (مزيل

فعله ،وكونه حلالا يقتضي مساواة تركه وبفعله ، أجيب ليس المراد بالحلال هنا ما استوى فعله وتركه ، بل ما ليس تركه بلازم الشامل للمباح و الواجب و المندوب و المكروه[1] .

3- ما رواه الترمذي وغيره عن ثوبان أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " أيّما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة " [2] .

ووجه دلالة الحديث أنّ الطلاق لو لم يكن محظورا ما توعد النبي صلى الله عليه وسلم من سألته من غير ما بأس بحرمانها من رائحة الجنة، وكفى بذنب يبلغ صاحبه إلى ذلك المبلغ.

4- و أمّا المعقول فمن وجوه:

أ- أنّ النّكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين و الدنيا ،و الطلاق إبطال له ، و إبطال المصلحة مفسدة ، وقد قال الله عز وجل ﴿ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ ﴾ البقرة: 205 ، وهذا معنى الكراهة الشرعية عندنا أنّ الله لا يحبه ولا يرضى به إلا أنّه قد يخرج من أن يكون مصلحة لعدم توافق الأخلاق وتباين الطبائع ، أو لفساد يرجع إلى نكاحها بأن علم الزوج أن المصالح تفوته بنكاح هذه المرأة ، أو أنّ المقام معها سبب فساد دينه ودنياه فتنقلب المصلحة في الطلاق ليستوفي مقاصد النكاح من امرأة أخرى[3] .

**ب:** و هو أنّ الزواج نعمة من نعم الله على عباده لكونه وسيلة إلى مصالح الدين و الدنيا قال تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ الروم: 21.

---

الخفا عن ألفاظ الشفا – ط) و (كمال الدراية في شرح النقاية – خ) في فقه الحنفية ، الزركلي ، مرجع سابق ، ج1 ص230 .

[1]- ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج3 ص 254.

[2]- الترمذي ، كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله ، باب ما جاء في المختلعات ، مرجع سابق ، ج3 ص493 . أحمد ، حديث ثوبان رضي الله عنه ، مرجع سابق ، ج 5 ص277 ، قال شعيب الأرناؤوط حديث صحيح وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الصحيح .

[3]- الكساني ، مرجع سابق ، ج 3 ص 95 .

والطلاق كفران للنّعمة ، وكفران النعمة حرام من حيث أنّه يقطع النّكاح المسنون ، ويفوت المصالح المترتبة عليه [1].

والذي يبدو لي أنّ الخلاف بين الفرقين هو خلاف لفظي،وأنّ الطلاق حق للزوج لكنّه مقيد بعدم المضارة كأن يكون لغير سبب كطلاق الهازل لأنّ لا أحد من الفقهاء المسلمين أجاز الإضرار بالغير عند ممارسة الحقوق لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لاضرر ولا ضرار .

ولأنّ إساءة استعمال الحق تعسف مناقض لمقاصد الشرع فيكون محضورا وقد أشار الإمام الشاطبي في غير موضع من كتابه إلى اشتراط موافقة المكلف لمقاصد الشرع ليتحقق له الإذن في استعمال الحق وفي ذلك يقول الشاطبي : قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع [2].

ويقول في موضع آخر : كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل .[3]

فالعمل في الشريعة مرتبط في مشروعيته بمشروعية الباعث وعدم قصد الاضرار، ولا يمنع أن يكون ظاهر الفعل مشروعا ، ولكنه يصير غير مشروع إذا تخلف الباعث بمعنى أنّه كان غير مشروع ، كمن يقيم حوائطه عالية فتحجب الضوء والهواء على جيرانه

فاستعمال الحق بقصد المضارة محرم شرعا ، واستدل الشاطبي على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ 228 .

---

[1]- السيواسي ، مرجع سابق ، ج3 ص465 .

[2]- الشاطبي ، مرجع سابق ، ج2 ص401 .

[3]- الشاطبي ، مرجع سابق ، ج2 ص402 .

وبين الشاطبي وجه التعسف في هذه الآية بأنّ الطلاق كان في أول الأمر مباحا للرجل بأي عدد وكان الرجل يتعسف بهذا الحق فيطلق المرأة ثمّ يراجعها قبل أن تتم عدتها ثم يطلقها لتستأنف عدة جديدة[1] تطويلا عليها و إضرارا بها إلى أن نزل قوله تعالى:"

﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ ﴾ البقرة آية 229.

فقيد حقّ الرجل ليحد من تعسفه ، وليدفع الضرر بتطويل العدة عن المرأة كما نزل قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا ﴾ البقرة: 229

﴿ وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ أَتَأۡخُذُونَهُۥ بُهۡتَٰنٗا وَإِثۡمٗا مُّبِينٗا ﴾ النساء: 20 ، ليمنع من التعسف من يريد الإضرار بالمرأة ، ويضيق عليها العشرة بأي لون من ألوان الضرر يبتغي من ذلك أن ترد إليه ما دفعه من مهر لها ، أو أن تفدي نفسها منه بثمن باهظ ، ولا هدف له من مضايقتها إلا سلب مالها ، وواضح أنّ هذا الرجل تحايل لتحقيق هدف لنفسه مخالفا لما شرع من أجله الحكم .

ومن ذلك ما جاء في الشريعة من تحريم المراجعة إذا قصد باسترجاعها الإضرار بها و إطالة أمد عدتها مع عدم رغبته بها لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ ﴾ البقرة: 229 .

قال القرطبي : " إذا قصد الإضرار و تطويل العدة ، والقطع بها عن الخلاص من ربقة النكاح فمحرم – أي إرجاعها– للآية ، ثم قال ومن فعل ذلك فالرجعة صحيحة ، وإن ارتكب النهي وظلم نفسه ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلقنا عليه "[2] .

---

[1] – االشاطبي ، مرجع سابق ، ، ج2 ص 436 .

[2] – القرطبي ، مرجع سابق ، ج3 ص123.

فالطلاق إذا حق مشروع للرجل لكنّه مقيد بعدم الإضرار حتى لا يكون تعسفا في استعمال الحق فيحظر ، وبهذا نجمع بين القولين وبه نفسر طلاق النبي صلى الله عليه وسلم لحفصة ، و أنّه كان لحاجة صونا لكلامه عليه السلام من العبث ، وكذلك طلاق الصحابة الكرام .

**أمّا التعويض عن هذا الطلاق التعسفي** فلم يرتب الفقهاء عنه ، ولا عن الطلاق بجملته ولو كان لغير سبب تعويضا ، فلا تستحق المرأة فيه إلا مؤخر صداقها إن لم يعجل ونفقة عدتها إن كان طلاقها رجعيا عند جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية ولو كان بائنا كما سبق بيانه في بابه .

و أمّا قانون الأسرة فقد رتب عليه تعويضا تخفيفا للضرر عن المطلقة جاء في المادة 52 من قانون 05-02 : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

فالنص القانوني يبين أنّ الطلاق بلا سبب تعسف فياستعمال الحق يحكم القاضي عليه بالتعويض لزوجه المتضرر بذلك وفق سلطته التقديريه، وبه جرى العمل قضاء كما تدل على ذلك هذه القرارات .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/07 ما يلي :

من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة تعسفيا نفقة عدة ، ونفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل.

و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي[1] .

---

[1]- قرار رقم 41560 بتاريخ 7-4-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة سنة 1989، العدد 2، الصفحة 69.

والحكم بالتعويض يتناسب مع مقاصد التشريع ، لأن الشريعة نصت على عدم جواز الضرر للقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار ، فإن وجد هذا الضرر وجب إزالته للقاعدة الفقهية الضرر يزال ، وإزالته تكون بالتعريض فيه ، ولا يقال إنما يمارس حقا من حقوقه ، فلا يلزم بالتعويض ، لأن إساءة استعمال الحق تعد تعسفا تستلزم العقوبة والتعويض ، ولقد أبدع فقهاء المسلمين في هذا عندما قعدوا نظرية التعسف في استعمال الحق ، ليبينوا معنى الحق ، وكيفية استعماله وفق شروط شرعية تضبطها قاعدة لا ضرر ولا ضرار .

و أوّل من تكلم عنه في التشريعات العربية قانون الأحوال الشخصية السوري ، جاء في المادة 117 : " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أنّ الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول و أنّ الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لا مثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال[1] .

قال الدكتور عبد الرحمان الصابوني: هذه مادة جديدة في التشريع العربي في قانون الأحوال الشخصية، وهي خطوة جريئة موفقة خطاها المشرع السوري فأوجب التعويض عن الطلاق التعسفي [2] .

ولكنّ المشرع السوري قيد هذا التعويض بشرطين حسب المادة 117 : " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أنّ الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول و أنّ الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة

---

[1]- الصابوني ، مرجع سابق ، ، ج2 ص 52.

[2]- المرجع نفسه .

ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لا مثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال[1] .

**الشرط الأول:** أن يكون الطلاق بلا سبب معقول.

**الشرط الثاني:** أن يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقة.

ومع توفر هذين الشرطين لا يلزم القاضي بالحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، لأنّ القانون أعطاه الخيار بقوله : جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض "

و أمّا قانون الأسرة الجزائري فلم يشترط في التعويض عدا التعسف في استعمال الحق، جاء في المادة 52 من قانون 05-02: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

ويمكن أن يضاف إليه شرط ذكره بعض قضاة المحكمة العليا في قراراتهم وهو أن لا يكون للمرأة دخل فيه ، فإن كان لها فيه دخل كان الطلاق لسبب معقول فلم تستحق فيه التعويض .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/01/27 ما يلي :

من المقرر شرعا وقضاء أنّ المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا ، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة . ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة[2] .

---

[1]- الصابوني ، مرجع سابق ،ج2 ص 52.

[2]- قرار رقم 39731 بتاريخ 27-1-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993، العدد 4، الصفحة 61.

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 23-2-1993ما يلي :

إذا كان يحق للزوجة طلب التطليق، فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بتظليم الزوج والحكم لطالبة التطليق بالتعويض عن الطلاق التعسفي [1] .

و إلى هذا ذهب القانون المصري والأردني من التعويض غير المشروط بحالة المرأة في الطلاق التعسفي .

جاء في المادة 15 مكرر 1 من قانون الأحوال الشخصية المصري ما يلي:

الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضا ولا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حالة المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط [2] .

وجاء في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما يلي:

" إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا بشرط ألا يتجاوز مقدار نفقتها على سنة ، ويدفع هذا التعويض جملة أو مقسطا حسب مقتضى الحال ، ويراعي في ذلك حالة الزوج يسرا أو عسرا ، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة " [3] .

وهذا الذي يتوافق مع روح التشريع لأنّ أساس التعويض وجود الضرر بغض النظر عن وضع المرأة المادي.

---

[1]- قرار 92674 بتاريخ 23-2-1993 ، غرفة الأحوال الشخصية، منشور نشرة القضاة الصادرة بتاريخ 1997، العدد 48، الصفحة 171.

[2]- قانون الأحوال الشخصية المصري ، المطابع الأميرية ، الطبعة الثانية، صفحة 9 .

[3]- الصابوني ، مرجع سابق ،ج 2 ص 57.

وهذا ما أكدّه بعض شراح قانون الأحوال الشخصية السوري كالدكتور الصابوني عند انتقاده لتقييد القانون التعويض بالبؤس ، و الفاقة الذي يصيب المرأة فقال : أطالب حدا لإساءة التصرف في الطلاق بحيث توجب التعويض على كل شخص أساء استعمال هذا الحق فطلق دون سبب معقول سواء أكانت الزوجة في بؤس أم في نعيم ، إذ لا علاقة في رأينا بين وضع الزوجة المادي ، وبين تعسف الزوج باستعمال حقه إن كان وضعها يزيدها ألما ، ولكن الأصل في هذا هو إساءة استعمال حق منحه الشارع له على أن يكون حين تدعوا الحاجة إليه[1] .

**و أمّا مقدار التعويض** فغير محدد في التشريع الجزائري و إنّما يرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي في تحديده حسب درجة التعسف وحال الزوج يسرا أو عسرا، ومدة الزوجية.

جاء في المادة 52 من قانون 05-02 " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

وهذا خلاف للتشريع السوري و المصري و الأردني .

ففي التشريع السوري قيد القانون القاضي بأن لا يتجاوز بالتعويض نفقة ثلاثة سنوات جاء في المادة 117: "....جاز للقاضي أن يحكم بها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لامثالها فوق نفقة العدة "[2] .

و القانون الأردني قيده بأن لا يتجاوز نفقة سنة جاء في المادة 134: ".....حكم بها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا بشرط أن لا يتجاوز مقدرا نفقتها على سنة.." [3] .

[1]- الصابوني ، مرجع سابق ، ج2 ص 55، 56.

[2]- الصابوني ، مرجع سابق ج2 ص 52.

[3]- الصابوني ، مرجع سابق ج2 ص 57.

وأمّا القانون المصري فبين الحد الأدنى للتعويض وهو نفقة سنتين و لم يذكر حدا أعلى له تاركا ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي في تحديده، جاء في المادة 18 مكرر 1 "....تستحق فوق نفقة عدتها متعة بقدر نفقة سنتين على الأقل ..." [1] .

و الذي يترجح لي أنّ إطلاق سلطة القاضي في التقدير أولى من تقييدها ، لأن التعويض يرجع فيه إلى حال كل منهما ، وهذا مختلف بين الناس ، والقاضي مؤتمن في حكمه ، وإليه أسند تقدير ما لم ينص عليه القانون صراحة من تعويض أو عقوبة .

و أمّا مستند التعويض عن الطلاق بلا سبب من الناحية الشرعية المتعة التي قررها الفقهاء للمطلقة لقوله تعالى ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ البقرة: ٢٤١.

و المتعة كما بينت في بابه مبلغ من المال يعطى للمرأة جبرا على ألم الفراق اختلف الفقهاء في تحديدها ووجوبها ، ولكنّهم لم يختلفوا حول مشروعيتها يدفع للزوجة مع كامل حقوقها الأخرى من نفقة عدة ومؤخر مهر [2].

قال الدكتور الصابوني معلقا على المادة 177 من قانون الأحوال الشخصية السوري " أمّا مصدر هذه المادة أو رد هذه المادة لمصدر شرعي فإنّ فقهاءنا المسلمين أوجبوا المتعة على كل مطلق طلق زوجته غنية أم فقيرة لسبب أم دون سبب " [3] .

وقال الدكتور بالعربي الحاج معلقا على المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري " إذا كان طلاق الزوج زوجته مضرا بها مسيئا لسمعتها في بعض الظروف وخاصة إذا كان الطلاق بدون سبب أي أنه كان متعسفا في طلاقها دونما مبرر شرعي أو قانوني مقبول ، رتبت

---

1- قانون الأحوال الشخصية المصري ، مرجع سابق ، ص 9 .

2- قانون الأحوال الشخصية المصري ، مرجع سابق ، ص 9

3- الصابوني ، مرجع سابق ، ج2 ص 53

الشريعة الإسلامية على الطلاق أثرا يهدف إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة ، وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقته وهو ما يسمى بالمتعة "[1] .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في بعض القرارات .

جاء في قرار بتاريخ 1986/01/27 ما يلي : " من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ، ولمّا كان ثابتا في قضية الحال أنّ القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا ، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة .

ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة[2] .

وجاء في قرار بتاريخ 1985/04/08 ما يلي :

إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها ، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض[3] .

و المتعة في تقديري لا تصلح أن تكون مستندا للتعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي ، لأنّها شرعت لكل مطلقة على قدر وسع الزوج سواء أكان طلاقها لسبب أو لغير سبب ، دخل بها الزوج أو لم يدخل إلا للمطلقة قبل الدخول وقد سمي لها صداق فلها نصف المسمى ، وإن اختلف الفقهاء في حكمها بين الوجوب و الندب .

---

[1]- د- بالعربي الحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان ، المطبوعات الجامعية ، سنة النشر 1994 ص 233 .

[2]- قرار رقم 39731 بتاريخ 27-1-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993 ، العدد 4 ، الصفحة 61 .

[3]- قرار رقم 35912 بتاريخ 8-4-1985 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989، العدد 1، الصفحة 89

فالتعويض إذا شيء زائد عن المتعة يعطى للمرأة ليس جبرا لخاطرها عن ألم الفراق فحسب بل تعويضا لها عما وقع عليها من ضرر جراء ظلم الزوج وتعنته في استعمال حقه.

وهذا ما أكدته بعض قرارات المحكمة العليا ، جاء في قرار رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07

من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة تعسفيا نفقة عدة، ونفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل.

و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي[1] .

فأساس التعويض في التشريع قاعدة " لا ضرر ولا ضرار [2]" وهي نص حديث شريف صحيح أخرجه الحاكم و البيهقي و الدارقطني وابن ماجة و أحمد ، ويشهد لها من الكتاب و السنة آيات و أحاديث كثيرة منها :

1-نهى الله تعالى عن العدوان لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْتَدُوٓاْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴾ البقرة: 190.

2-قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُفْسِدُواْ فِى ٱلْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَٰحِهَا وَٱدْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا ۚ إِنَّ رَحْمَتَ ٱللَّهِ قَرِيبٌ مِّنَ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ الأعراف: 56 .

---

[1]- قرار رقم 41560 بتاريخ 7-4-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989، العدد2 ، ص69 .

[2]- مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1418هـ - 1998م ، ص 44.

3-قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي ٱلْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ ٱلْحَرْثَ وَٱلنَّسْلَ ۗ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ ﴾ البقرة: 205.

فالآية تبين أنّ قصد الإضرار بالآخرين و الفساد في الأرض صفة من صفات المنافقين.

و إذا علمنا أنّ كل اعتداء ضار مخالف لشرع فمن الطبيعي أن يوجب الشرع دفع ما يخالفه لذا كان من القواعد الكلية المتممة للقاعدة السابقة " الضرر يزال " [1].

و إزالة الضرر تكون بإحدى طريقتين:

**الأولى** : وقف استمراره ومنع تكراره وتجدده ، وفي هذه الحالة يدفع الضرر بإزالته عينا سواء كان عاما أم خاصا فيؤمر المتسبب في الضرر بإزالته وقطع دابره .

**الثانية:** ترميم آثاره بعد وقوعه، ومن الأبواب التي بنيت على ذلك ضمان المتلفات كما جاء في كتب الأشباه و النظائر [2] .

فترميم آثار الطلاق التعسفي يكون بالتعويض فيه ، ولا فرق في هذا التعويض إن كان الطلاق قبل الدخول أو بعده ، لأنّ التعسف قد يكون في الحالتين ، ولفظ القانون جاء مطلقا ، وعلى الزوج أن يثبت أنّ طلاقه كان لسبب معقول ، و لم يحدد القانون الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض بل ترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ظروف ، و أحوال الزوجين وسبب الانفصال فإن قدر السبب وكان معقولا في نظره رد دعوى التعويض ، و إلا حكم عليه بالتعويض .

---

[1]- الزرقا ، مرجع سابق ، ص 46.

[2]- الزرقا ، مرجع سابق ، ص 46، 46، د. محمد بن المدني بوساق ، التعويض عن الضرر ، دار اشبيليا ، الرياض الطبعة الأولى ، سنة النشر 1419هـ - 1999م ، ص 136 .

## المطلب الثاني: طلاق المريض

لا خلاف بين الفقهاء في وقوع الطلاق في المرض لأنّه صدر من أهله فيصح منه ، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري جاء في القرار رقم 179696بتاريخ 17-3-1998: إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث .

ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [1] .

و إنّما اختلافهم في أثره على الميراث وذلك وفق الحالات التالية:

**الحالة الأولى** : إذا طلقها قبل الدخول فلا ميراث لها ولا عدّة عليها ، ولها نصف الصداق وهو قول الجمهور الحنفية و الشافعية و الحنابلة [2] لأنّ الله نصّ على تنصيف الصداق ، ونفي العدّة عن المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ البقرة: 237.

وقال تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ الأحزاب: 49 .

و أمّا الميراث فإنّها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح ، فأشبهت المطلقة في الصحة .

---

[1]- المجلة القضائية ، عدد خاص ، صادر بتاريخ 2001، ص98 .

[2]-ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج6 ص 269، السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 156.

وذهب مالك إلى أنّ لها الميراث و نصف الصداق ، ولا عدّة عليها[1].

قال مالك في المدونة: " قلت أرأيت إن طلق رجل زوجته وهو مريض قبل البناء بها ؟ قال: قال مالك: لها نصف الصداق، ولها الميراث إن مات من مرضه ذلك.

قلت: فهل يكون على هذه عدة الوفاة أو عدة الطلاق قال: قال مالك: " لا عدة عليها لا عدة وفاة ولا عدة طلاق " [2] .

فالمطلقة قبل الدخول استحقت نصف الصداق بالنص و الميراث باعتباره فارا.

و أمّا قانون الأسرة فذهب مذهب الجمهور في أنّ لها نصف الصداق ولا ميراث لها، أمّا نصف الصداق فقد جاء في المادة 16من قانون 84-11: تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول .

و أمّا الميراث فلا ترث في التشريع الجزائري إلا من كانت وفاة الزوج في عدتها، و المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها.

جاء في المادة 132من قانون 84-11: إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق ، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث .

**الحالة الثانية** : إذا طلّق المريض زوجته طلاقا رجعيا ومات في العدة ورثته إتفاقا ، لقيام الزوجية بينهما ، بحيث يمكنه مراجعتها من غير عقد جديد ، ولا رضاها .

قال مالك في طلاق المريض : " .....و إن كان طلاقا يملك رجعتها فمات وهي في عدّتها من الطلاق انتقلت إلى عدّة الوفاة، وإن انقضت عدّتها من الطلاق قبل أن يهلك فهلك

[1]- ابن عبد البر ،الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 6 ص 117.

[2]- سحنون ، المدونة الكبرى ، دار الفكر ، بيروت ، سنة النشر 1406هـ -1987م ، ج 6 ص 34.

بعد ذلك فلها الميراث [1] .

وقال المرغيناني في طلاق المريض : و الطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه ، وكل ما ذكرنا أنّها ترث إنّما ترث إذا مات وهي في العدة[2] .

وقال ابن قدامة : إذا طلق الرجل طلاقا يملك رجعتها في عدتها ، لم يسقط التوارث بينهما ما دامت في العدة سواء أكان في المرض ، أو في الصحة بلا خلاف نعلمه [3] .

**الحالة الثالثة** : إذا طلّق المريض زوجته في مرض موته طلاقا بائنا ورثته وهذا الطلاق قد عرف لدى الفقهاء بطلاق الفار ، لأنّ الزوج المريض بطلاقه زوجته أراد أن يفر من ميراثها ، فيعامل بنقيض قصده فترثه .

وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعي في القديم و الحنابلة[4] واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- ما رواه مالك عن ابن شهاب ، عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك ، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمان بن عوف ، أنّ عبد الرحمان بن عوف طلّق زوجته البتة وهو مريض ، فورثها عثمان بن عفان منه[5] .

2- ما رواه مالك عن عبد الله بن الفضل، عن الأعرج أنّ عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهنّ وهو مريض[6] .

---

[1]- سحنون ، ، مرجع سابق ، ج 6 ص 34.

[2]- برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني ، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح ، القاهرة ، ج1 ص 77.

[3]-ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج6 ص 268.

[4]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج6 ص 268، الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص 25، ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق ، ج6 ص 113، ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج2 ص 82

[5]-مالك ، ،كتاب الطلاق ، باب طلاق المريض ، مرجع سابق ، ج 2 ص 571 .

[6]- مالك ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المريض ، مرجع سابق ، ج2 ص 572

3- ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن عبد الرحمان بن هرمز أخبره أنّ عبد الرحمان بن مكمل كان عنده ثلاث نسوة إحداهنّ ابنة قارظ ، فطلق اثنتين منهنّ ، ثمّ مكث بعد طلاقه سنتين ، و أنّهما ورثاه في عهد عثمان[1] .

4- وما رواه مالك أنّه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمان يقول : بلغني أنّ امرأة عبد الرحمان بن عوف سألته أن يطلقها ، فقال إذا حضت ثم طهرت فأذنيني ، فلم تحض حتى مرض عبد الرحمان بن عوف ، فلمّا طهرت آذنته فطلقها البتة أو تطليقة ، لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها ، وعبد الرحمان بن عوف يومئذ مريض ، فورثها عثمان بن عفان منه[2]

5- ما رواه وغيره ، عن يحي بن سعيد ، عن محمد بن يحي بن حبان قال : كانت عند جدي حبان امرأتان هاشمية و أنصارية فطلق الأنصارية وهي ترضع فمرت بها سنة ثمّ هلك عنها و لم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض ، فاختصمتا إلى عثمان بن عفان فقضى لها بالميراث ، فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك ، هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب [3] .

6-وفي رواية عبد الرزاق عن معمر عن الزهري أنّ من الأنصار يقال حبان بن منقذ طلّق امرأته وهي ترضع وهو يوم طلقها صحيح فمكثت سبعة أشهر لا تحيض يمنعها الرضاع الحيضة ثم مرض حبان بعد أن طلّقها بأشهر فقيل له إن امرأتك ترثك إن مت ، فقال لهم احملوني إلى عثمان فحملوه فذكر شأن امرأته وعنده علي بن أبي طالب ، وزيد بن ثابت ، فقال لهما عثمان : ما تريان ؟ قالا : نرى أنّها ترثه إن مات وأنّه يرثها إن ماتت ، فإنها

---

[1]- أبو بكر ، مصنف عبد الرزاق ، ، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ،سنة 1403هـ ،باب طلاق المريض ، ج7 ص63 .

[2]- مالك ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المريض ، مرجع سابق ، ج2 ص 572

[3]- مالك ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المريض ، مرجع سابق ، ج2 ص 572 ، أبو بكر عبد الله ، مصنف ابن أبي شيبة ، مكتبة الرشيد ، ، تحقيق كمال يوسف الحوت ، الرياض ،الطبعة الأولى ، سنة 1409هـ ، كتاب الطلاق ج4 ص 168 .

ليست من القواعد اللاتي يئسن من المحيض وليست من الأبكا ر اللاتي لم يحضن فهي عنده على عدة حيضتها ، فرجع إلى أهله فأخذ ابنته من امرأته ، فلمّا فقدت الرضاع حاضت حيضة ثمّ أخرى في الهلاك ثمّ توفي حبان قبل أن تحيض الثالثة فاعتدت عدة المتوفى عنها وورثته[1] .

7- ما رواه ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي أنّه قال : جاء عروة البارقي إلى شريح بخمس خصال من عند عمر منهنّ : أن الرجل إذا طلّق امرأته — وهو مريض- ثلاثا ورثت منه ما دامت في عدّتها [2] .

8 – استدلوا بمبدأ سد الذرائع فقالوا: إنّه لما كان المريض يتهم في أنّه طلّق ليقطع حظها من الميراث، فعملا بسد الذرائع قالوا: بوجوب الميراث لمطلقة المريض، وإن انقطعت عدّتها، أو تزوجت أزواجا[3] .

9- استدلوا من جهة الاستحسان فقد استحسنوا توريث المبانة التي طلقها زوجها بائنا في مرض موته ، ومات وهي في عدّتها منه تاركين العمل بالقياس لأنّ القياس يقتضي عدم الميراث ، لأنّ الفرقة لم تقع بفعلها ، والنّكاح قد انتهى بالطلاق البائن ، فلا يوجد سبب من أسباب الإرث الثلاثة : القرابة والولاء والزوجية .

ووجه الاستحسان: أنّه لما كان عليه العمل في الأمر في زمن الصحابة فذلك مقدم على القياس[4].

وذهب الشافعي في الجديد[5] إلى أنّ المطلقة المبتوتة لا ترث من زوجها المطلق سواء أكانت وفاته في العدة أم بعدها .

---

[1]- عبد الرزاق ، باب تعتد أقراءها ماكانت ، مرجع سابق ، ج 6 ص 340 ، 341 .

[2]- ابن أبي شيبة ، مرجع سابق ، ج 4 ص 171 .

[3]- ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 82.

[4]- السرخسي ، مرجع سابق ، ج6 ص 154، 155، الكساني ، مرجع سابق ، ج3 ص 220.

[5]- الشافعي ، مرجع سابق ، ج5 ص 254، الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص 24، 25.

واستدلوا على مذهبه بما يلي :

1-بما روى عن ابن الزبير في قصة طلاق عبد الرحمان بن عوف زوجته في مرضه أنّه قال أخبرني ابن مليكة ، أنّه سأل ابن الزبير على الرجل يطلق المرأة فيبتها ثمّ يموت ، وهي في عدّتها فقال : طلّق عبد الرحمان بن عوف تماضر بنت الأصبغ الكلبية فبتها ، ثمّ مات عنها و هي في عدتها فورّثها عثمان.

قال ابن الزبير و أما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة[1] .

قال الشافعي : غير أني أيما قلت ، فإني أقول لا ترث المرأة زوجها إذا ما طلقها مريضا ، طلاقا لا يملك فيه الرجعة ، فانقضت عدتها ونكحت لأنّ أثر ابن الزبير متصل[2] .

2-واستدل من جهة المعقول بقوله : إنّ آثار الزوجية قد انقطعت بعد أن طلّقها طلاقا بائنا ، فلا يتوارثان ، لأنّها مبتوتة قبل الموت فقطعت الإرث ،كالطلاق في الصحة [3] .

و أمّا قانون الأسرة فذهب إلى مذهب الجمهور من استحقاق المرأة المطلقة في مرض الموت للميراث ما دامت في العدة ،جاء في المادة 132من قانون 84-11 : إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث .

وجاء في قرار المحكمة العليا رقم 101444بتاريخ 21-12-1993 ما يلي :

من المقرر قانونا عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أن يستحق الحي منهما الإرث و للزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدة طلاقها.

ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدّتها أن تعتد بأبعد الأجلين ، وتستحق منابتها في الميراث ، وتعتبر وكأنّها ما زالت زوجة حتى ولو كان الطلاق

---

[1]- الشافعي ، مرجع سابق ، ج5 ص 254، ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج6 ص 113.

[2]- الشافعي ، مرجع سابق ، ج5 ص254

[3]- الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص 25.

صحيحا ، أمّا إذا طلقها وهو مريض مرض الموت ، ولو كان الطلاق بائنا ومات أثناء عدّتها ، وثبت أنّه قصد حرمانها من الميراث فإنّها تعتد بأطول الأجلين الطلاق أو الوفاة . وعليه فالطعن في الحكم الحالي في غير محله ويرفض[1] .

و الذي يترجح مذهب الجمهور لقوة دليله من الأثر و المعقول .

أما الأثر فكتاب عمر وقضاء عثمان بمشورة علي وهو قول عائشة رضي الله عنهم ، ولا يضر مخالفة ابن الزبير لهم .

قال ابن عبد البر : روي عن عمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالب في المطلق ثلاثا وهو مريض أنّها ترثه إن مات من مرضه ذلك .

وروى عن عائشة مثل ذلك ، ولا أعلم لهم مخالفا من الصحابة إلا عبد الله بن الزبير ، فإنّه قال : لا أرى أن ترث المبتوتة بحال من الأحوال وجمهور المسلمين على ما روى عن الصحابة في ذلك إلا طائفة من أهل الفقه و النظر ، فإنّهم قالوا بقول ابن الزبير على ظاهر القرآن في توريث الزوجات وليس المبتوتة بزوجة عن جماعة المسلمين ، ولا يرثها عند أحد منهم إن ماتت ، قالوا وكذلك لا ترثهم ، ولو كانت زوجة لورثها كما ترثه[2] .

و أمّا من جهة العقل فإنّ المطلق متهم بقصده الإضرار بالزوجة، وحرمانها من الميراث، فيعامل بنقيض قصده كالقاتل لمورثه ،رفعا للضرر عنها، لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار .

و أمّا المدّة المعتبرة لهذا التوريث فقد اختلف من قال به وهم الجمهور إلى آراء ثلاثة:

---

[1]- قرار رقم 101444 بتاريخ 21-12-1993، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة سنة 1996 ، العدد2، ص 73 .

[2]- ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج6 ص 113.

**الرأي الأول** : إنّ المرأة المبانة ترث من زوجها المريض إذا مات ، وهي في العدّة ، فإذا انتهت عدّتها قبل وفاته فلا ميراث لها وهو قول الحنفية و الشافعي في القديم ، ورواية عن أحمد[1] .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1-استدلوا من جهة الإجماع بما روي عن ابن سيرين أنّه قال : كانوا يقولون ولا يختلفون ، من فر من كتاب الله ردّ إليه ، أي من طلق امرأته ثلاثا في مرضه ، فإنّها ترثه ما دامت في العدّة ، وهذا منه حكاية عن إجماع الصحابة ومثله لا يكذب [2] .

2-واستدلوا من جهة الأثر :

أ-بما روي عن إبراهيم النخعي أنّه قال : جاء عروة البارقي إلى شريح بخمس خصال من عند عمر رضي الله عنه منهن : أنّ الرجل إذا طلّق امرأته وهو مريض ثلاثا ورثت منه ما دامت في العدة[3] .

ب- وبما روي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنّها قالت : إنّ المطلقة ثلاثا وزوجها مريض ترثه مادامت في العدّة .

3-استدلوا من جهة الاستحسان فقالوا : إنّ القياس يقتضي عدم الميراث لانتهاء النّكاح بالطلاق البائن ، فلا يوجد سبب من أسباب الإرث ، فتركنا ذلك عملا بالاستحسان ، لأنّه لما كان العمل في هذا الأمر في زمن الصحابة كما ورد في الآثار فذلك يقدم على القياس [4] .

---

[1] - الكساني ، مرجع سابق ، ج3 ص 221، السرخسي ، مرجع سابق ، ج6 ص 156، الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 25، ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج2 ص 82.

[2] - الكساني ،مرجع سابق ، ج3 ص 218،السرخسي ، مرجع سابق ، ج6 ص 155.

[3] - الكساني ، مرجع سابق ، ج3 ص 218 ، ابن أبي شيبة ، مرجع سابق ، ج4 ص 171 .

[4] - السرخسي ، مرجع سابق ، ج6 ص 155.

**الرأي الثاني:** أنّها ترثه ما لم تتزوج وهو مذهب الحنابلة [1] واستدلوا على ذلك بالإجماع و الأثر.

1-أمّا الإجماع فقد انعقد على أنّ المرأة لا ترث من زوجين في آن واحد لذلك قالوا إنّها ترث ما لم تتزوج .

2-استدلوا من جهة الأثر بما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمان أنّ أباه طلّق أمه ، وهو مريض ، فورثته بعد انقضاء العدة [2] .

3- واستدلوا من جهة المعقول بقولهم : إنّ المريض متهم في طلاقه لزوجته بأنّه يقصد حرمانها من الميراث ، وهذا قصد فاسد فيعامل بنقيضه كالقاتل لمورثه ، ومادام هذا هو المعنى في توريثها فكان الأمر مستويا أن يموت قبل أن تنقضي عدّتها منه ، أو بعد انقضاء العدّة ، لأنّ سبب توريثها فراره من ميراثها ، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدّة [3] .

**الرأي الثالث:** أنّها ترثه في العدّة وبعد العدة تزوجت ، أو لم تتزوج وهو مذهب المالكية[4] ودليلهم في هذا ما يلي:

1-ما رواه مالك عن ابن شهاب ، عن طلحة بن عبد الله بن عوف ، قال وكان أعلمه بذلك ، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمان بن عوف ، إنّ عبد الرحمان بن عوف طلّق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه ، بعد انقضاء عدتها[5] .

2-ما رواه عبد الرزاق بن عبد الرحمان بن هرمز ، أخبره أنّ عبد الرحمان بن مكمل كان عنده ثلاث نسوة إحداهن ابنة قارظ ، فطلّق اثنتين منهنّ ثمّ مكث بعد طلاقه سنتين و

---

[1]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج6 ص 269، 270، ابن رشد الحفيد ،مرجع سابق ، ج2 ص 82.

[2]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج6 ص269،270، ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج2 ص82 .

[3]-ابن قدامة ،المغني ، مرجع سابق ، ج6 ص 270 .

[4]- سحنون ، مرجع سابق ، ج6 ص 34 ، ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج6 ص 114 .

[5]- مالك ،كتاب الطلاق ، باب طلاق المريض ،مرجع سابق ، ج 2 ص 571 .

أنّهما ورثتاه في عهد عثمان[1] .

قال ابن جريج و أخبرني ابن شهاب أنّ امرأة ابن مكمل ورثها عثمان بعدما انقضت عدتّها .

3-استدل الإمام مالك على ما ذهب إليه بقاعدة سد الذرائع ، فقال: إنّه لما كان المريض يتهم في أن يكون قد طلق زوجته في مرضه ليقطع حقها من ميراثه فعملا بسد الذرائع وجب لها الميراث، و إن انقضت عدّتها أو تزوجت أزواجا [2] .

و أمّا قانون الأسرة فذهب مذهب الحنفية من توريثها ما دامت في العدّة فإن انقضت عدتّها قبل وفاته فلا ميراث لها.

جاء في المادة 132 من قانون 84-11: إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث.

و جاء في قرار المحكمة العليا رقم 101444بتاريخ 21-12-1993 ما يلي :

من المقرر قانونا عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أن يستحق الحي منهما الإرث و للزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدة طلاقها.

ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدّتها أن تعتد بأبعد الأجلين ، وتستحق منابتها في الميراث ، وتعتبر وكأنّها ما زالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحا ، أمّا إذا طلقها وهو مريض مرض الموت ، ولو كان الطلاق بائنا ومات أثناء عدّتها ، وثبت أنّه قصد حرمانها من الميراث فإنّها تعتد بأطول الأجلين الطلاق أو الوفاة .

وعليه فالطعن في الحكم الحالي في غير محله ويرفض[3] .

---

[1]- عبد الرزاق ، باب طلاق المريض ، مرجع سابق ، ج7 ص 63.

[2]- ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 82، ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 6 ص 114، سحنون ، مرجع سابق ، ج 6 ص 34.

[3]- قرار رقم 101444 بتاريخ 21-12-1993، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة سنة 1996 ، العدد2، ص 73 .

و الذي يترجح مذهب المالكية من توريثها سواء أكانت في العدة أو بعدها، تزوجت أو لم تتزوج، لقضاء عثمان في توريث المرأة بعد انقضاء عدتها، قال مالك: ولو تزوجت عشرة أزواج كلهم طلق في المرض، ورثتهم كلهم [1] .

ولأنّ سبب التوريث ليس الزوجية لانقطاعها بالبينونة ، وإنّما التعويض عن هذا التعسف في طلاقها للفرار من ميراثها ، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة أو زواجها ، بل يرفعه عنها توريثها منه .

قال ابن عبد البر : من قال أنّها لا ترثه في العدّة استحال عنده أن ترثه وهي مبتوتة في موضع أن ترثه فيه الرجعية ، لأنّه لا خلاف بين المسلمين أنّ من طلّق امرأته صحيحا طلقة يملك فيه رجعتها ثم انقضت عدتها قبل موته أنّها لا ترثه ، لأنّها أجنبية ليست منه ، ولا هو منها ، ولا تكون المبتوتة المختلف في ميراثها في العدّة بالميراث بأقوى من المجتمع على ميراثها في العدة .

ومن قال أنّها ترثه بعد العدة ما لم تنكح اعتبر إجماع المسلمين أنّ امرأة لا ترث زوجين معا في حال واحدة ، فاستحال عنده أن ترثه ، وهي امرأة لغيره ، لأنّه خلاف لأصول المجتمع عليه

ومن قال أنّها ترثه ، و إن نكحت أزواجا ، قال : لما لم يكن طلاقا لها يمنعها ميراثه في العدّة ، ولا بعدها على الثابت عنده ، عن عثمان وغيره أنّه ورثها قبل العدّة ، وكان طلاقه لها في نفي الميراث كالطلاق عقوبة لإخراجه لها من ميراثه بأن بت طلاقها في مرضه ، فكذلك لا يمنعها من ذلك تزويجها [2] .

---

[1] – ابن عبد البر، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج6 ص 114، سحنون ، مرجع سابق ، ج 6 ص 34.

[2] – ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج6 ص 116

وعدّة المطلقة بائنا في مرض الموت عدّة الطلاق لا الوفاة ، و إن مات في عدّة طلاقها وهو قول المالكية و الشافعية و الحنابلة و أبي يوسف من الحنفية [1] .

جاء في المدونة :" و إن طلقها طلاقا بائنا وهو مريض وقد دخل بها كان عليها عدة الطلاق ولها الميراث" [2] .

لأنّ الله أوجب عدّة الوفاة على الزوجات لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗاۖ فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا فَعَلۡنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٞ ﴾ البقرة: 234 .

وقد زالت الزوجية بالبينونة فبقيت عدّة الطلاق على حالها، و أما حقها في الإرث فلتهمة الفرار.

وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنّه إذا مات وهي في العدة فعدتها أبعد الأجلين وهو قول إبراهيم النخعي و الحسن و ابن سيرين وشريح وعكرمة[3] .

قال عكرمة : لو لم يبق من عدتها إلا يوم واحد ثمّ مات ، ورثته واستأنفت عدة المتوفي عنها[4] .

ووجه هذا القول: أنّ النّكاح لما بقي في حق الإرث فلأن يبقى في حق وجوب العدة أولى، لأنّ العدّة يحتاج في إيجابها فكان قيام النكاح من وجه كافيا لوجوب العدة احتياطيا فيجب عليها الاعتداد أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض [5] .

---

[1]- ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج6 ص 117 ، سحنون ، مرجع سابق ، ج6 ص 34 .

[2]- سحنون ، مرجع سابق ، ج6 ص 34 .

[3]- الكساني ، مرجع سابق ، ج 3 ص 200، 201، ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 6 ص 117.

[4]- ابن عبد البر ، الاستذكار، مرجع سابق ، ج6 ص 117 .

[5]- الكساني ، مرجع سابق ، ج3 ص 200 ، 201 .

و أمّا قانون الأسرة فذهب مذهب الحنفية أنّ عدّتها أبعد الأجلين الطلاق أو الوفاة.

جاء في قرار المحكمة العليا رقم 101444بتاريخ 21-12-1993 ما يلي :

من المقرر قانونا عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أن يستحق الحي منهما الإرث و للزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدة طلاقها.

ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدّتها أن تعتد بأبعد الأجلين ، وتستحق منابتها في الميراث ، وتعتبر وكأنّها ما زالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحا ، أمّا إذا طلقها وهو مريض مرض الموت ، ولو كان الطلاق بائنا ومات أثناء عدّتها ، وثبت أنّه قصد حرمانها من الميراث فإنّها تعتد بأطول الأجلين الطلاق أو الوفاة . وعليه فالطعن في الحكم الحالي في غير محله ويرفض[1] .

والذي يترجح مذهب الجمهور من اعتبار عدتها عدة الطلاق دون الوفاة لأنّها غير زوجة فلا تخاطب بقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾ البقرة: 234 .

و أمّا توريثها فلورود الأثر عن الصحابة و المعقول، وما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن من ربط العدّة بالتوريث، فهو تحكم يحتاج إلى دليل.

وأمّا فيما يعتبر به الزوج فارا هو قصد الإضرار بالمرأة وحرمانها من الميراث، وحينئذ يثبت لها الميراث، وهو قول الحنفية و الشافعية ورواية عن أحمد[2].

[1]- قرار رقم 101444 بتاريخ 21-12-1993، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة سنة 1996 ، العدد2، ص 73 .

[2]- ابن قدامة ، المغني، مرجع سابق ، ج 6 ص 270.

فإذا طلّقها برضاها في مرضه أو خالعته ، أو جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها ، أو علق طلاقها على فعل يتوقف على إرادتها ، فإنّها لا ترثه لانتفاء تهمة الفرار في هذه الحالات وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري كما في القرار السابق : " ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدّتها أن تعتدّ بأبعد الأجلين ، وتستحق منابتها في الميراث ، و تعتبر وكأنها مازالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحا ، أمّا إذا طلقها وهو مريض مرض الموت ، ولو كان الطلاق بائنا ومات أثناء عدتها ، وثبت أنّه قصد حرمانها من الميراث فإنّها تعتد بأطول الأجلين الطلاق و الوفاة [1] .

وذهب المالكية و أحمد في رواية [2] إلى أنّ الفرار يتحقق بالطلاق في المرض مطلقا سواء وجد ما يدل على رضا الزوجة أم لا، فبمجرد الطلاق في المرض يعتبر الزوج فارا من توريث زوجته فيثبت لها الميراث.

قال مالك : إن اختلعت منه في مرضه ، أو جعل أمرها بيده فطلقها أو سألته الطلاق فطلقها ، فإنّها ترثه في ذلك كله ،كما لو طلّقها ابتداء دون أن تسأله ذلك[3] .

واستدلوا على ذلك :

1-أنّ عثمان بن عفان ورث امرأة عبد الرحمان بن عوف لما سألته الطلاق فطلقها في مرضه ، فدل ذلك على أنّ الفرار يتحقق بمجرد الطلاق في المرض .

2-أنّ الإذن لا يسقط ميراث الوارث ، فلو أذن الابن لأبيه في أن يخرجه من الميراث ما خرج ، فكذلك يكون إذن الزوجة لزوجها بطلاقها فلا يسقط ذلك الإذن حقها في ميراثها منه .

---

[1]- ابن قدامة ، المغني، مرجع سابق ، ج 6 ص 270.

[2]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج6 ص 270.

[3]-ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج6 ص 116 .

و الذي يترجح قول الحنفية ومن وافقهم لأنّ توريث المطلقة في مرض الموت جاء على خلاف الأصل حماية لحق الزوجة فإذا رضيت بالطلاق ، أو باشرته كما في الخلع لم يبق ما يبرر مخالفة الأصل ، وهو عدم إرثها لانقطاع سببه وهو الزوجية .


المبحث الثالث : الخلع

## تمهيد :

الخلع وهو الطلاق على مال ، أو هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه ، وتعتريه بعض الأحكام التكليفية كالاستحباب والكراهة والحرمة لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ ﴾ البقرة: 229 ، ويصح في المال كبدل أن يكون من المنافع ، أو الأموال ممّا قلّ أو كثر ، ويرجع في تقديره إلى الزوجين إن اتفقا على بدل معين ، فإن لم يتفقا على شيء يرجع إلى تقدير القاضي كما سنوضحه تفصيلا في هذا الفصل وقد قسمته إلى المطالب التالية

**المطلب الأول : مفهوم الخلع**

**المطلب الثاني : الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع**

**المطلب الثالث : صفة الخلع**

**المطلب الرابع : نوع مايؤخذ في الخلع**

**المطلب الخامس : مقدار مايؤخذ من الخلع**

## المطلب الأول : مفهوم الخلع

### الفرع الأول : تعريف الخلع

**1-الخلع لغة** من خلع الشيء يخلعه خلعا ، واختلعه نزعه ، إلا أنّ في الخلع مهلة وسوى بعضهم بين الخلع والنزع .

وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرّده ، وخلع امرأته خلعا بالضمّ ، وخلاعا فاختلعت،وخالعته أزالها عن نفسه وطلّقها على بدل منها له ، فهي خالع والإسم الخلعة [1] وسمي ذلك الفراق خلعا لأنّ الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال ، والرجال لباسا لهنّ فقال تعالى: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ البقرة: 187 ، وهي ضجيعه وضجيعته فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه ، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه ، والإسم من كلّ ذلك الخلع ، والمصدر الخلع [2] .

ومن معاني الخلع في اللغة العزل من الولاية والمنصب يقال خلع قائده خلعا أزاله ويأتي بمعنى نقض الحلف والعهد من خلع الرّبقة عن عنقه نقض عهده ، وتخالع القوم نقضوا الحلف بينهم وفي الحديث :( من خلع يدا من طاعة لقي الله لاحجة له ) [3] أي خرج من طاعة سلطانه .

كما يأتي بمعنى المنح والإعطاء يقال خلع عليه خلعة منحه واعطاه وفي الحديث أبي بن كعب قلت يا رسول الله إنّ من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله ورسوله فقال

---

[1]- ابن منظور ، مرجع سابق ، ج8 ص76 .

[2]- ابن منظور ، مرجع سابق ، ج8 ص76 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج7 ص 246 .

[3]- مسلم ، كتاب الإمارة ، باب وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن ، مرجع سابق ، ج3 ص 1478 .

رسول الله صلى الله عليه وسلم ( أمسك بعض مال فهو خير لك قال : فقلت : فإني أمسك سهمي الذي بخيبر )[1] .

## 2-الخلع شرعا

عرفه الحنفية بقولهم : هو إزالة ملك النّكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه[2] .

وخرج بقولهم إزالة ملك النّكاح الأمور التالية :

**الأمر الأول** : إذا خالعها في العدّة بعد إبانتها فإنّ الخلع لا يصح ، وذلك لأنّ ملك النكاح قد زال بإبانتها .

أمّا إذا طلقها طلاقا رجعيا ثمّ خالعها في العدّة على مال فإنّ الخلع يصح ، ويلزم المال، لأنّ الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النّكاح ، ولا تملك المرأة به نفسها مادامت في العدّة .

**الأمر الثاني** :المرتدة إذا خالعها زوجها ، وهي مرتدة فإنّ الخلع لا يصح ، لأنّ الرّدة أزالت ملك النكاح .

**الأمر الثالث** : النّكاح الفاسد ، فإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا ثمّ خالعته فالخلع فاسد ، إذ هو إزالة ملك النّكاح ، والعقد الفاسد لا يترتب عليه ملك النّكاح .

وعرفه المالكية بقولهم : بأنّه الطلاق بعوض [3] .

وهذا هو الأصل فيه قلّ أو كثر، ولو زاد العوض على الصداق أضعاف إن كان منها ، أو من غيرها كولي أو غيره إذا كان أهلا للالتزام بذلك .

---

[1]- البخاري كتاب الزكاة ، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى ، مرجع سابق ، ج2 ص518 ، مسلم ، كتاب التوبة ، باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه ، مرجع سابق ، ج4 ص2127 .

[2]- ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 4 ص 347 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج4 ص210 .

[3]- الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج2 ص347 ، الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج1 ص441 .

وعرفه الشافعية بقولهم : فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع [1] .

وعرفه الحنابلة :بأنّه فراق الزوج امرأته بعوض بألفاظ مخصوصة [2] .

فقولهم بعوض للتأكيد على أنّه لا يصح بدونه لأنّه ركن فيه ، فلا يصح تركه كالثمن في البيع، فإذا خالعها بغير عوض لم يقع خلعا ولا طلاق،لأنّ الشيء إذا لم يكن صحيحا لم يترتب عليه شيء

كالبيع الفاسد، إلا أن يكون بلفظ طلاق أو نيته فيقع طلاقا،لأنّ الطلاق لا عوض فيه [3] .

وأمّا ألفاظه المخصوصة فتنقسم إلى قسمين : صريحة في الخلع ، وكناية فيه .

أمّا الصريحة فهي ثلاثة : خلعت ، وفسخت ، وفاديت على كذا[4] ولو كان العوض مجهولا وقبلته الزوجة صحّ الخلع ، وترتب عليه الفراق وإن لم ينو الخلع ، لأنّها صريحة في الخلع فلا تحتاج إلى نية

فإن لم يذكر العوض ، أو ذكره و لم تقبل الزوجة به في المجلس لم يكن الخلع صحيحا ، ولا يترتب عليه شيء .

وأمّا الكناية في الخلع فهي ثلاثة ألفاظ أيضا : باريتك ، أبرأتك ، أبنتك فهذه الألفاظ يصح بها الخلع بالنية ودلالة الحال [5] .

---

[1]- الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج3 ص 262 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج2 ص434 .

[2]- ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج7 ص219 ، المرداوي ، مرجع سابق ، ج8 ص382 ، ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج5 ص 212 .

[3]- ابن إدريس، كشاف القناع ، مرجع سابق ج5 ص 218 .

[4]- المرداوي ، مرجع سابق ، ج8 ص402 ،ابن إدريس ، الروض المربع ، مرجع سابق ، ج3 ص138 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج7 ص226 .

[5]- ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج7 ص226 ، السرخسي ، مرجع سابق ، ج30 ص207 .

ويلاحظ أنّ هذه التعريفات اللغوية والفقهية وإن اختلفت عبارتها إلا أنّها تتفق على معنى واحد وهو فداء المرأة نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه إليه .

وأمّا قانون الأسرة فلم يتطرق لتعريف الخلع ، وإنّما اقتصر على بيان حكمه فجاء في المادة 54 من قانون 05-02 : يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .

## الفرع الثاني : حكم الخلع:

يكاد الفقهاء يجمعون على أنّ المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو لخلقه أو لدينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك ، وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي نفسها منه .

قال السرخسي[1]: " إذا اختلعت المرأة من زوجها فالخلع جائز [2] " .

وقال المرغيناني[3]: إذا تشاق الزوجان وخافا ألا يقيما حدود الله فلا بأس أن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به [4] .

قال ابن رشد : فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء[5] .

وقال ابن عبد البر: و أجمع الجمهور منهم أنّ الخلع و الفدية و الصلح أنّ كل ذلك جائز بين الزوجين في قطع العصمة بينهما ، و أنّ كل ما أعطته على ذلك حلال له إذا كان مقدار الصداق

---

[1]- ابن سهل السّرخسي محمد بن أحمد بن سهل ، أبو بكر ، شمس الأئمة ، قاض ، من كبار الأحناف مجتهد ، من أهل سرخس ( في خراسان ) ، أشهر كتبه " المبسوط – ط" في الفقه والتشريع ، ثلاثون جزءا ، أملاه وهو سجين بالجب في أوزجند ( بفرغانة) ، وله " شرح الجامع الكبير للإمام محمد" منه مجلد مخطوط ، و" شرح السير الكبير للإمام محمد – ط" أربع مجلدات ، و" النكت – ط" وهو شرح لزيادات الزيادات للشيباني ، و" الأصول – خ" في أصول الفقه ، و" شرح مختصر الطحاوي – خ" مات في حدود 500" وعلق مصحح طبعه أن وفاته في كشف الظنون سنة 473 . الزركلي ، مرجع سابق ، ج5 ص315 .

[2]– السرخسي ، مرجع سابق ، ج6 ص 171 .

[3]- المرغيناني العلامة عالم ما وراء النهر برهان الدين أبو الحسن بن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني الحنفي صاحب كتابي الهداية و البداية في المذهب كان في هذا الحين لم تبلغنا أخباره وكان من أوعية العلم رحمه الله .الذهبي ، مرجع سابق ، ج21 ص232

[4]– المرغيناني ، مرجع سابق ، ج2 ص 13 .

[5]– ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج2 ص 66 .

فما دونه وكان ذلك من غير إضرار منه بها ، ولا إساءة إليها[1] .

وقال النووي : و أصل الخلع مجمع على جوازه[2] .

ودليلهم في هذا ما يلي :

1-قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ البقرة: 229 .

ووجه دلالة الآية أنّ الله رفع الجناح عنهما ، عن المرأة في أن تفتدي نفسها بشيء من المال إذا كرهت زوجها ، وخشيت ألا تقيم حدود الله ، وعن الزوج في أن يأخذ منها ما سلمها من قبل في مقابل فراقها ، ورفع الجناح يفيد الحل و الجواز و المشروعية .

2- ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " اقبل الحديقة وطلقها تطليقها "[3] .

3- وما رواه مالك عن يحي بن سعيد ، عن عمرة بنت عبد الرحمن أنّها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الأنصاري ، أنّها كانت تحت ثابت بن قيس بن شمّاس وأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصّبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال لها رسول الله

---

[1]- ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج6 ص 76 .

[2]- النووي ، روضة الطالبين ، مرجع سابق ، ج7 ص 374 .

[3]- البخاري : كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، مرجع سابق ، ج 5 ص 2021 .

صلى الله عليه وسلم : من هذه ؟ فقالت : أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله ، قال : ما شأنك ؟ قالت : لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن قيس ، قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر ، فقالت حبيبة كل ما أعطاني عندي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس : "خذ منها فأخذ منها وجلست في بيت أهلها "[1] .

ووجه دلالة الحديث بالروايتين المختلفتين على مشروعية الخلع من خلال إذنه للمرأة في الفداء وأمره للزوج بالطلاق .

4-واستدل الشافعي بالمعقول على أنّ المرأة المانعة ما يجب عليها لزوجها حلت الفدية للزوج

بقوله : إذا أحلّ له أن يأكل ما طابت به نفسا على غير فراق ، له أن يأكل ما طابت نفسا ، ويأخذ عوضا بالفراق [2].

وبأقوال الجمهور أخذ قانون الأسرة بالجواز فجاء في المادة 54من قانون 05-02 : يجوز للزوجة دون مرافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوج على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

وشذ عن هذا كلّه بكر بن عبد الله المزني [3] فقال : لا يحل له أن يأخذ منها شيئا على حال من الأحوال واستدل على قوله بما يلي :

---

[1]- مالك ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلع ، مرجع سابق ، ج 2 ص 564 .

[2]- الشافعي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 197 .

[3]- ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 6 ص 77 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 246 .

1- قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾ النساء: 20.

وأنّها نسخت قول الله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ **البقرة: 229** .

2- ما رواه الترمذي عن ثوبان وابن جرير أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال : " أيما امرأة سألت زوجها طلاقها من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة " [1].

3-ما رواه النسائي وغيره عن أيوب عن الحسن عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال : المنتزعات و المختلعات هن المنافقات [2] .

و الذي يترجح قول الجمهور لأنّه قوله عامة الفقهاء لقوة أدلتهم ، و أما دعوى النسخ للآية محل استدلال الجمهور بها فلا دليل عليه ،لأنّ دعوى النسخ لا تسمع إلا عندما يتعذر الجمع بين الآيتين ، و أن يثبت أنّ الناسخ متأخر في نزوله عن المنسوخ كما ذكر ابن قدامة في قوله : دعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع و أنّ الآية الناسخة متأخرة و لم يثبت شيء من ذلك[3].

قال ابن عبد البر : زعم بكر بن عبد الله المزني أنّ قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ البقرة آية 229 ، منسوخ بقوله عز وجل : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾ النساء: 20.

---

1- سبق تخريجه ص222 .

2- سنن النسائي ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الخلع ، مرجع سابق ، ج3 ص 368 .قال الألباني صحيح ، محمد ناصر الألباني ، صحيح النسائي ، دار مكتبة المعارف ، الرياض ، الطبعة االأولى ، سنة النشر 1419هـ 1998م ، ج2ص 488 .

3- ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج7 ص 220 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 246.

وهذا خلاف السنة الثابتة في أمر الرسول صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس بن شماس أن يأخذ منها ما أعطاها ويخلي سبيلها .

ولا ينبغي لعالم أن يجعل شيئا من القرآن منسوخا إلا بتدافع يمنع من استعماله أو تخصيصه[1]

و أمّا الوعيد للمرأة في طلبها للمخالعة إذا لم يكن لها مبرر شرعا ، فإذا كان لها المبرر الشرعي كأن تكون المرأة مبغضة للزوج وتكره أن تمنعه ما تكون به عاصية بمنعه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه كما قرر ذلك الفقهاء .

و أمّا حديث النسائي وغيره فقد قال عنه الإمام الترمذي عند تخريجه هذا حديث غريب من هذا الوجه وليس إسناده بالقوي [2] .

وقال النسائي عند تخريجه للحديث من أنّ الحسن راوي الحديث لم يسمع من أبي هريرة شيئا [3] فيكون مطعون فيه فيسقط به الاحتجاج.

و الذين ذهبوا إلى جواز الخلع اختلفوا في حكمه الشرعي باعتبار أصله .

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية و المالكية و الحنابلة و الشافعية إلى أنّ الأصل فيه الإباحة لعموم نفي الحرج و الجناح الذي يفيد الإباحة في قوله تعالى : ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾ البقرة آية 229 .

قال المرغيناني : إذا تشاق الزوجان وخافا ألا يقيما حدود الله فلا بأس أن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به [4] .

قال ابن رشد : و أمّا ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها الخلع فالجمهور على أنّه جائز مع

---

[1]- ابن عبد البر، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج6 ص 77 .

[2]- الترمذي، مرجع سابق ، ج3 ص 492 .

[3]- النسائي ، مرجع سابق ، ج3 ص 368 .

[4]- المرغيناني ، مرجع سابق ، ج2 ص 13 .

التراضي إذا لم يكن سبب رضاها عما تعطيه إضرار بها[1] .

قال الشربيني : أنّه لما جاز للزوج أن يملك الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض [2] .

وقال المرداوي : و إذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى ألا تقيم حدود الله في حقه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه ، فيباح للزوج ذلك ، و الحالة هذه على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب ، وجزم به الحلوان[3]ي بالاستحباب [4] .

وهذه الإباحة مقيدة بشرطين :

1-أن تكون الزوجة مبغضة كارهة للزوج ، فإذا خالعته مع استقامة الحال ،كان مكروها لأنّه عبث لحديث ثوبان أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما امرأة سألت زوجها طلاقها من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة .

و لم يشترط الشافعية هذا الشرط بحكم الإباحة بل ذهبوا إلى أنّ المرأة ولو لم تكره منه شيئا وتراضيا على الخلع جاز[5] لقوله تعالى : ﴿ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾ النساء: 4 .

---

[1] – ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج2 ص 68 .

[2] – الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج2 ص 434، 435 .

[3]- أبو الفتح محمد بن علي بن محمد الحلواني كان قد شاهد الوالد السعيد وتفقه على صاحبيه القاضي أبي علي والشريف أبي جعفر ودرس في المسجد الذي كان يدرس فيه الشريف أبو جعفر ومات في ذي الحجة سنة خمس وخمسمائة . محمد بن محمد ، ج2 ص257 .

[4] – المرداوي ، مرجع سابق ، ج8 ص 382 .

[5] - [5]– الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص 71 .

2-أن لا يكرهها عليه بعضلها ومضاراتها وضربها ، و التضييق عليها ، أو منعها حقوقها من القسم و النفقة حال التعدد لتفتدي نفسها محرم لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ النساء: 19 .

فإذا وقع هذا الخلع كان باطلا عند الحنابلة[1] و العوض مردود و الزوجية على حالها إلا أن يكون بلفظ طلاق ،أو نيته فيقع ودليلهم قوله تعالى :" ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن"

ووجه دلالة ذلك أنّ ما تفتدي به نفسها من المال أو العوض أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق الزوج أخذه للنهي عنه و النهي يقتضي الفساد .

ويؤكده قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُواْ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾ النساء: 19 .

وقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ ﴾ البقرة: 229.

وذهب كلّ من المالكية والشافعية إلى وقوع الخلع ، أو الطلاق مع رد البدل أو العوض عليها اذا أقامت بينة على دعوى الضرر .

قال الدردير : ولها أي " الزوجة " حيث خالعت زوجها بمال وادعت أنّها إنّما خالعته لضرر منه يجوز التطليق به وردّ المال الذي أخذه الزوج منها إن أقامت بينة تشهد لها على

---

[1] - ابن قدامة ، المغني، مرجع سابق ، ج 7 ص 248 ، ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 213 .

الضرر ولو بسماع بأن تقول لم نزل نسمع أنه يضاررها ، أو بيمين مع شاهد ، أو امرأتين شهدتا برؤية الضرر ولو مرة [1].

وقال الشيرازي : فإن طلقها على عوض لم تستحق العوض لأنه عقد معارضة أكرهت عليه بغير حق ، فلم يستحق فيه العوض كالبيع ، فان كان بعد الدخول فله أن يراجعها لانّ الرجعة إنّما

تسقط بالعوض ، وقد سقط العوض فتثبت الرجعة فيه [2].

وأمّا الحنفية فذهبوا إلى وقوع الخلع صحيحا ، والعوض لازم لا يرد ،إنما يأثم الزوج ويكون عاصيا بفعله .

قال ابن عابدين : الحق أنّ الأخذ إذا كان النشوز منه حرام قطعا لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾ النساء: 20 ، إلا أنّه إذا أخذ ملكه بسبب خبيث[3] .

وقال ابن نجيم : الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق ، وفي إمساكها لا لرغبة بل إضرارا بها وتضييقا ليقتطع مالها في مقابله خلاصها من الشدة التي هي معه فيها لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ ﴾ البقرة: 231 وهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراما ، إلا أنّه لو أخذ جاز في الحكم أي يحكم بصحة التمليك ، وإن كان بسبب خبيث [4].

---

[1] – الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 445 .

[2] – الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 71 .

[3] – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 445 .

[4] – ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 4 ص 83 .

وذهب فريق من الشافعية إلى أنّ الأصل في الخلع الكراهة على اعتبار أنّ أصله الطلاق الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم : " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " [1] .

وأما الإباحة فشيء عارض لشقاق أو الخوف من عدم إقامة حدود الله وانعدام الطاعة .

يقول البجيرمي [2] في حاشيته : وأصل وضعه الكراهة ، وقد يستحب كأن كانت سيئة عشرتها معه[3]

وذهب أبو قلابة والحسن البصري [4] إلى أنّ الأصل فيه الحرمة ولا يحل إلا اذا وجد الزوج امرأته بالزنا فليس أمامه إلا أن يخلعها فيكون خلعا مشروعا ، ودليلهم

قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ ﴾ النساء: 19 ، وفسرت الفاحشة بالزنا .

وقال داوود :لا يجوز إلا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر [5] الآية

لقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ

---

[1]- سبق تخريجه ص221 .

[2]- سليمان بن محمد بن عمرالبجيرمي ؛ فقيه مصري ، ولد في بجيرم ( من قرى الغربية بمصر) و قدم القاهرة صغيرا ، فتعلم في الأزهر ، و درس ، و كف بصره وله " التجريد- ط " أربعة أجزاء ، وهو حاشية على شرح المنهج في فقه الشافعية ، و" تحف الحبيب – ط " حاشية على شرح الخطيب ، المسمى بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، فقه أربعة أجزاء ، أيضا ، وتوفي في قرية مصطية ، بالقرب من بجيرم .الزركلي ، مرجع سابق ، ج3 ص133 .

[3]– البجيري ، مرجع سابق ، ج 3 ص 443 .

[4]– ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 7 ص 219 ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، المغني ج 7 ص 246 ، ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ،ج 2 ص 68 ، ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 6 ص 79 .

[5] –- ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج2 ص 68 .

﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ﴾ البقرة: 229.

والذي يترجح مذهب الجمهور فهو أقوى حجة ودليلا في اعتبار أصل الخلع الإباحة مقيدة بشرطيها ، وتعتريه بعض الأحكام التكليفية كالاستحباب والكراهة والحرمة لقوله تعالى : " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ " البقرة آية 229، ونفي الحرج والجناح يفيد الإباحة .

وأمّا قول أبي قلاية والحسن أنّ الخلع لا يصح إلا اذا وجدها بالزنا فهو شاذ لمخالفته حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي رواه البخاري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أتردين عليه حديقته ؟ " قالت نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة[1].

قال ابن رشد : وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا : لا يحل للرجل الخلع عليه حتى يشاهدها تزني ، وحملا الفاحشة في الآية السابقة على الزنا[2] .

وقال ابن عبد البر : وهذا عندي ليس بشيء ، لأنّ الفاحشة قد تكون في البذاء والجفاء ، ومنه قيل للبذيء فاحش ، ومتفاحش ، وعلى أنّه لو اطلع منها على الفاحشة كان له لعانها[3] .

---

[1]- سبق تخريجه ص256 .

[2]- ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 68 .

[3]- ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 6 ص 79 .

## المطلب الثاني : الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع

### الفرع الأول : الطبيعة الفقهية للخلع

الخلع عند جمهور الحنفية والمالكية وفي روايتي للشافعية والحنابلة أنّه عقد معاوضة ، لأنّ المرأة تفدي نفسها بعوض مالي تدفعه للزوج .

قال ابن عرفة : هو عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض[1] .

قال ابن قدامة : لأنه ( الخلع ) معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح [2].

وقال الشربيني : لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز له أن يزيل ذلك بعوض كالشراء والبيع ، فالنكاح كالشراء والخلع كالبيع[3] .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنّه قطع لعقد النكاح بالتراضي فكان كالإقالة .

قال الشيرازي : لأنّ( الخلع ) رفع عقد بالتراضي كالإقالة في البيع [4].

فالخلع سواء أكان عقد معاوضة على مال شبيه بالبيع ، أو قطع للنكاح شبيه بالإقالة لا بد فيه من طرفي العقد لانعقاده وهما المخالع والمخالعة .

أمّا المخالع وهو الزوج ويجب أن يتم الخلع بإرادته ورضاه ، لأنّ الفرقة لمن يملك الاستمتاع وهو الزوج ، ويشرط فيه ما يشرط في المطلّق من العقل ، والبلوغ ، والتكليف حتى قالوا :كلّ من صحّ طلاقه صح خلعه .

---

[1]- محمد بشير الشقفة ، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1420هــ2000م ، ج4 ص261 .

[2]– ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 247 .

[3]– الشربيني ، الإقناع للشربيني، مرجع سابق ، ج 2 ص 435 .

[4]–الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 71 .

وأمّا المخالعة وهي الزوجة ويشترط فيها أن تكون عاقلة بالغة أهلا للتصرف ، والتبرع وضرورة صلاحيتها أن تكون محلا للخلع بأن يكون عقد زواجها صحيحا توافرت فيه أركانه وشروطه .

فلا يصح الخلع إذا بطلب من الزوجة دون رضا الزوج ، بل لا بد فيه من الرضائية بين طرفيه لقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ ﴾ البقرة: 229.

أمّا رضا الزوج فلأنه يسقط ماله من حق من الحقوق ، و أمّا رضا الزوجة فلأنها يلزمها عوض فيشترط رضاها لأدائه ، ولا بد للزوجة أن تكون عالمة بمعناه لأنّ شرط صحة المعاوضات التراضي و العلم بعباراتهم ، وهي إنّما رضيت بدفع البدل إلى الزوج لتفتدي نفسها وتشتري عصمتها .

ولما رواه البخاري وغيره عن ابن عبّاس رضي الله عنهما : أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة "[1] .

و أمره عليه السلام لثابت بالطلاق هو أمر إرشاد وندب وإصلاح لا إيجاب ، كما ذكره

[1] - سبق تخريجه ص256 .

ابن حجر[1] في الفتح [2] .

قال الصنعاني[3] : " و أمّا أمره صلى الله عليه وسلم بتطليقه لها أي لامرأة ثابت هو أمر إرشاد و إصلاح لا إيجاب [4].

فليس للحاكم أو القاضي أن يجبر الزوج على الخلع أو يوقعه عليه بل لا بد من رضاه لأنّه طلاق بتوافق الإرادتين ، و إن كان يستحب عند الفقهاء أن يستجيب إلى طلبها إذا كانت له كارهة مبغضة .

قال المرداوي : أما الزوج فالصحيح من المذهب أنه يستحب له الإجابة إليه وعليه الأصحاب [5] .

---

[1]- ابن الحجر العسقلاني أحمد بن علي بن محمد الكنانيّ العسقلاني ، أبو الفضل ، شهاب الدين بن حجر ؛ من أئمة العلم والتاريخ ، أصله من عسقلان (بفلسطين ) ومولده ووفاته بالقاهرة ولع بالأدب والشعر ثم أقبل على الحديث ورحل إلى اليمن و الحجاز وغيرهما لسماع الشيوخ ، وعلت له شهرة فقصده الناس لأخذ عنه وأصبح حافظ الإسلام في عصره وولي قضاء مصر مرات ثم اعتزل ، أما تصانيفه فكثيرة جليلة ، منها " الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة – ط" أربعة مجلدات ، و" لسان الميزان – ط" ستة أجزاء ، تراجم ، و" الإحكام لبيان ما في القرآن من الأحكام – خو" فتح الباري في شرح صحيح البخاري – ط" وغير ذلك . االزركلي ، مرجع سابق ، ج1 ص178 .

[2]– أحمد بن علي بن حجر ، فتح الباري ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1379هـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي – محب الدين الخطيب ، ج9 ص 400 .

[3]- الصّنعاني محمد بن إسماعيل بن صالح بن محمد الحسني الكحلاني ثم الصنعاني ، أبو إبراهيم عزّ الدين ، المعروف كأسلافه بالأمير، مجتهد ، من بيت الإمامة في اليمن يلقب " المؤيد لله " ، ولد بمدينة كحلان و نشأ وتوفي بصنعاء ، من كتبه " توضيح الأفكار" شرح تنقيح الأنظار – ط " مجلدان في مصطلح الحديث و " سبل السلام ، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لإبن حجر العسقلاني – ط " و" منحة العقار" حاشية على ضوء النهار، و" إسبال المطر على قصب السكر" و" المسائل المرضية في بيان إتفاق أهل السنة و الزيدية –خ " الزركلي ، مرجع سابق ، ج6 ص38 .

[4]– محمد بن اسماعيل ، سبل السلام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي ، ج3 ص 167 .

[5]– المرداوي ، مرجع سابق ، ج8 ص 382 .

وجاء في كشاف القناع : ويسن له إجابتها لحديث ابن عباس ، إلا أن يكون الزوج له ميل ومحبة فيستحب صبرها وعدم افتدائها قال أحمد: ينبغي لها أن لا تخلع منه وأن تصبر[1].

وسئل ابن تيمية عن امرأة مبغضة لزوجها طلبت الانخلاع منه ، وقالت له : إن لم تفارقني و إلا قتلت نفسي فأكره الولي على الفرقة ، وتزوجت غيره وقد طلبها الأول ، وقال إنه فارقها مكرها وهي لا تريد إلا الثاني ، فأجاب إن كان الزوج الأول أكره على الفرقة بحق مثل أن يكون مقصرا في واجباته أو مضرا لها بغير حق من قول أو فعل كانت الفرقة صحيحة ، و النكاح الثاني صحيحا وهي زوجة الثاني ، و إن كان أكره بالضرب أو الحبس وهو محسن لعشرتها حتى فارقها لم تقع الفرقة ، بل إذا أبغضته وهو محسن إليها فإنّه يطلب منه الفرقة ، ولا يلزم بذلك فإن فعل وإلا أمرت المرأة بالصبر إذا لم يكن ما يبيح الفسخ[2] .

فالخلع في طبيعته الفقهية إذا هو عقد يقع بالتراضي بين الزوجين ، واتفاقهما ولا يشترط لوقوعه أو نفاذه أن يكون أمام القاضي

قال السرخسي : أنّ الخلع جائز عند السلطان وغيره لأنّه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود [3] .

وعرفه المالكية : بأنّه الطلاق بلا عوض وبلا حاكم [4] .

---

[1]- ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج5 ص 212 .

[2]- أحمد عبد الحليم ، فتاوى ابن تيمية ، تحقيق عبد الرحمان محمد قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، مكتبة ابن تيمية ، ، ج32 ص 282 ، 283 .

[3]- السرخسي ، مرجع سابق ، ج6 ص 173 .

[4]- الدردير ، الشرح الكبير ، المرجع السابق ، ج 2 ص 347 ، الدردير ، الشرح الصغير، المرجع السابق ، ج 1 ص 441 .

ونص ابن قدامة في المغني على أنّه لا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال : يجوز الخلع دون السلطان [1] فإذا وقع أمامه جاز .

قال الدردير : وجاز الخلع حالة كونه بحاكم أو بلا حاكم [2].

ولكنه لا يملك أن يكره أو يجبر أحدهما عليه ، وقد أكدّ ابن حزم على الرضا في الخلع الناجم عن الاتفاق العقدي بينهما فقال :" ولا يجبر ولا أجبرت إنما يجوز بتراضيهما[3] وبقوله :" فلها أن تفتدي منه ، ويطلقها إن رضي و إلا لم يجبر هو إنّما أجيز بتراضيهما[4] "

---

[1]– ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج7 ص 246 .

[2]– الدردير ، الشرح الكبير، المرجع السابق ، ج2 ص 347 .

[3]– علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم ، المحلي ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي . ج 10 ص 235 .

[4]– ابن حزم ، مرجع سابق ، ج 10 ص 235 .

## الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للخلع

لم يصرح قانون الأسرة 84 بالطبيعة القانونية للخلع ، وإنّما اكتفى ببيان جواز ذلك قانونا كما جاء في المادة 54 من قانون 84-11 : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها على مال يتم الاتفا ق عليه ، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم .

إلا أنّه بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا نجد أنّهم فسروا هذا النص المسكوت عن ذكر الطبيعة القانونية صراحة بما ذه ب إليه الفقهاء من اعتباره عقدا رضائيا يحتاج إلى رضا الطرفين لانعقاده ، ويتضح ذلك من خلال القرارات التالية :

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 08/ 02/ 1982 ما يلي :

الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج ، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه[1] .

وجاء في قرار بتاريخ : 1984/06/11 ما يلي :

متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، فانّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع .

إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع ، وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين ، وكان الزوج غير

---

[1] - قرار رقم 26709 بتاريخ 8-2-1982 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة الصادرة بتاريخ 1982 ، عدد خاص ص 258 .

راض بمبلغ الخلع المحكوم به وإنّ الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك ، فان هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي [1] .

وجاء في قرار بتاريخ 1985/02/25 ما يلي :

من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ، ولا يعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه .

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها[2] .

وجاء في قرار بتاريخ 1988/11/21 ما يلي :

من المقرر فقها وقضاء أنّ قبول الزوج للخلع أمر وجوبي ، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه .

لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير ، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع[3]

---

[1]- قرار رقم 33652 بتاريخ 11-6-1984 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الثالث ص 38 .

[2]- قرار رقم 35891 بتاريخ 25-2-1985 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الأول ، ص 80 .

[3]- قرار رقم 51728 بتاريخ 21-11-1988 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1990 ، العدد الثالث ، ص 72 .

وجاء في قرار المؤرخ في 1991/04/23 ما يلي :

من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع وقضى به بالرغم من أنّه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع ، يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون.

ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه[1] .

فعند الرجوع إلى هذه القرارات بدءا من تاريخ 1982 إلى 1991 يتبين لنا أنّ رضا الزوج معتبر في الخلع ، فلا يتم إلا برغبة منه ورضاه ، ولا أحد يمكنه أن يوقعه عليه قسرا حتى القاضي ، إلا أنّ هذا الاجتهاد القضائي و الذي عمل به في المحاكم سنوات لم يستقر بل بدأ بتغيير باجتهاد آخر يعتبر أنّ الخلع حق خالص للمرأة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا ، ويتضح ذلك من خلال القرارات التالية

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21 ما يلي :

من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره ، وفي حالة عدم اتفاقها يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون

---

[1]- قرار رقم 73885 بتاريخ 23-4-1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993، العدد الثاني ، ص 55.

الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا .

وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال كما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوجة طبقوا صحيح القانون .

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1]

وجاء في قرار بتاريخ 1996/07/30 ما يلي :

من المقرر قانونا وشرعا أنّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ليس عقدا رضائيا.

ومن ثم فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ، و لم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه [2] .

وجاء في قرار رقم 216239 بتاريخ 1999/03/16 ما يلي :

الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون .

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[3] .

---

[1]- قرار رقم 83603 بتاريخ 21-7-1992 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، عدد خاص ، ص 134 .

[2]- قرار رقم 141262 بتاريخ 30-7-1996 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1998 ، العدد الأول ، ص 120.

[3]- قرار رقم 216239 بتاريخ 16-3-1999 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001، عدد خاص ، ص 138.

وجاء في قرار رقم 252994 بتاريخ : 2000/11/21 ما يلي :

إنّ قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا ،وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين[1] .

وبهذا أخذ قانون الأسرة في القانون المعدل بالأمر رقم 05 ، 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 حيث جاء في المادة 54 : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ، إن لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .

وإن كان التشريع المصري أسبق في التعديل لقانون الخلع من جميع القوانين العربية فجاء في المادة 20 من قانون 2000 رقم 1 ما يلي : للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فان لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها ، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه .

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما ، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر"[2].

إلا أنّ العمل بالاجتهاد القضائي في المحاكم الجزائرية سابق لتاريخ هذا التعديل ، لأنه يعود إلى سنة 1992 كما جاء في قرارات المحكمة العليا السابقة الذكر .

ومستند قانون الأسرة وقبله المصري وغيرهما من القوانين العربية من الناحية الشرعية قول بعض التابعين كسعيد بن جبير والحسن البصري ومحمد ابن سيرين وأبو عبيد[3] .

---

[1]- قرار رقم 252994 بتاريخ 21-11-2000 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد الأول ص 293 .

[2]- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين ص 71 .

[3]- القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 138 ، الجصاص ، مرجع سابق ، ج 2 ص 94 .

قال سعيد بن جبير : لا يكون الخلع حتى يعظها وإلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها فيرويان ما يسمعان إلى السلطان ، فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق ، وإن رأى أن يجمع جمع [1] .

واستدل هذا الفريق بالأدلة التالية :

قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ البقرة: 229 .

ووجه دلالة الآية قراءة حمزة وأبو جعفر ويعقوب والأعمش وأبو عبيد " إلا أن يخافا " بضم الياء ، وحجتهم قوله تعالى بعدها : " فان خفتم " فجعل الخوف لغيرهما ولو أراد الزوجين لقال : " فان خافا " .

قال القرطبي: وفي هذا حجة لمن جعل الخلع إلى السلطان وهو قول سعيد بن جبير والحسن وابن سيرين ، وقال شعبة : " قلت لقتادة : عمن أخذ الحسن الخلع إلى السلطان ؟ قال : عن زياد ، وكان واليا لعمر وعلي [2] ".

2 – ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله صلى الله غليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة [3] .

وأمره صلى الله عليه وسلم للوجوب لعدم وجود قرينة تصرفه للندب والإرشاد .

---

[1] – الجصاص ، مرجع سابق ، ج 2 ص 94 .

[2] – القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 138 .

[3] - سبق تخريجه ص256 .

قال الشوكاني: تعليقا على قول ابن حجر في الفتح : قوله : " اقبل الحديقة " قال في الفتح هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب و لم يذكر ما يدل على صرف الأمر عن حقيقته[1] .

3 – رفع الضرر عن المرأة من ابتزاز الزوج واستغلاله لها عند تعنته ، وعدم قبوله لمبدأ الخلع ، وجاء ذلك واضحا في القرار السابق رقم : 252994 ، إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا ، وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين ".

ورفع الظلم عن المرأة من القواعد التي راعتها الشريعة الإسلامية لحديث النبي صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا إضرار " [2].

والذي يترجح مذهب المشرع الجزائري وقبله المصري من اعتبار الخلع حقا خالصا للمرأة تفتدي نفسها عند الحاجة إليه للأدلة التالية :

1- ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ك يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة "[3].

ووجه دلالة الحديث أن أمره عليه صلى الله عيه وسلم لثابت بالطلاق هو أمر وجوب لعدم وجود ما يصرفه إلى الندب والإرشاد ، ويؤكد هذا المعنى رواية الدار قطني .

2 – روى الدار قطني عن أبي الزبير : أنّ ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم

---

[1]- محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار ، دار الجليل ، بيروت ، سنة 1973م ، ج 7 ص 37 .

[2]- سبق تخريجه ص72 .

[3]- سبق تخريجه ص256 .

أمّا الزيادة فلا ، ولكن حديقته ، قالت : نعم فأخذها له وخلا سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قالت : قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم [1] .

فهذه الرواية صريحة في عدم وقوع الإيجاب والقبول بين الزوجين ، وأنّ النبي صلى الله عليه وسلم حكم للزوجة بالتفريق من غير الرجوع إليه ، لأنّه لم يكن حاضرا وقت صدور الحكم ، وأخذ منها الحديقة له ، فلما علم بالخبر وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم رضي به .

3 – إنّ الخلع الذي يتم بطلب من الزوجة إنّما جعل في مقابل ما بيد الزوج من الطلاق ، تحقيقا للعدل والمساواة بينهما .

قال ابن رشد : والفقه أنّ الفداء إنّما جعل للمرأة في مقابله ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل [2] .

ولكن قانون الأسرة رعاية لاستقرار الأسرة ألزم القاضي قبل الحكم بالخلع بجلسات للصلح لعلها تكون متسرعة في طلبها أو متعجلة .

جاء في المادة 49 من قانون 05-02 : لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .

4 – تبسيط إجراءات التقاضي بين الزوجين ، لأنّ المرأة إذا أصرت على موقفها لم يكن للقاضي إجبارها للعيش مع زوجها ما دامت كارهة مبغضة له ، لأنّ أساس الحياة الزوجية

---

[1]- الدار قطني ، كتاب النكاح ، مرجع سابق ج 3 ص 255 ، قال الدارقطني هذا حديث مرسل ، وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس ، والمرسل أصح .جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي ، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي ،تحقيق: محمد عوامة ، ؤسسة الريان للطباعة والنشر – بيروت –لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية– جدة – السعودية ، الطبعة : الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م ، ج3ص244 .

[2]- ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 68 .

المودة والرحمة لقوله تعالى : ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ الروم: 21.

والقاضي إمّا أن يحكم لها بالخلع بعد محاولات للصلح ، أو يحكم عليها بالطلاق للنشوز إذا رفع الزوج دعوى بذلك كما جاء في المادة 55 من قانون 84-11 : "عند نشوز احد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق ، وبالتعويض للطرف المتضرر" .

وإذا كان القاضي سيحكم لها بالتفريق مع حفظ حق الزوج في التعويض في الحالتين فلما تعقيد إجراءات التقاضي إذن .

## المطلب الثالث: صفة الخلع

سبق أن عرفنا أنّ الخلع فرقة تجري بين الزوجين على عوض تدفعه الزوجة للزوج ، ولكن هل هذه الفرقة التي حدثت بسبب الخلع طلاق أم فسخ ؟

ذهب جمهور الفقهاء وهم المالكية والحنفية والشافعي في أحد قوليه ، وأحمد في رواية[1] إلى أن الخلع طلاق بائن ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1 – ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنه ، أنّ امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم ، قال رسول الله صلى لله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة[2].

ووجه دلالة الحديث أمره صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس بالطلاق ، ولو كان الخلع غير الطلاق لما أمره عليه السلام بذلك .

[1]– ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 7 ص 227 ، ابن إدريس ،كشاف القناع، مرجع سابق ، ج 5 ص 216 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 249 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 436 ، الغزالي ، الوسيط ، مرجع سابق ، ج 5 ص 311 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 269 ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 441 ، الكساني ، مرجع سابق ، ج 3 ص 151 ، الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 441 ، الدردير ،الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 347 ، ابن عبد البر ، الكافي، مرجع سابق ، ص 276 ابن عبد البر ، الاستذكار ج، مرجع سابق ، 6 ص 80 .

[2]– سبق تخريجه ص256 .

2 – ما رواه مالك عن هشام بن عروة ، عن أبيه عن جمعان مولى الأسلميين عن أم بكرة الأسلمية ، أنّها اختلعت من زوجها عبد الله بن أسيد ثم أتيا عثمان بن عفان في ذلك فقال هي تطليقة إلا أن تكون سميت شيئا فهو كما سميت [1] .

3 – حديث شعبة عن الحكم عن خيثمة عن عبد الله بن شهاب قال : شهدت عمر بن الخطاب أتته امرأة ورجل في خلع فأجازه ، وقال : إنّما طلقك بمالك [2] .

4 – ما رواه مالك عن نافع ، أن ربيع بنت معوذ بن عفراء ، جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر ، فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمن عثمان بن عفان فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره ، وقال عبد الله بن عمر : عدتها عدة المطلقة[3].

5 – وما رواه مالك أنّه بلغه أنّ سعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار ، وابن شهاب كانوا يقولون : عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء [4].

ووجه دلالة هذا الحديث والذي قبله أنّ الخلع لو لم يكن طلاقا لما كانت العدة فيه عدة طلاق وهي ثلاثة قروء .

وذهب ابن حزم[5] من الظاهرية مذهب الجمهور من أنّ الخلع طلاق إلا أنّه رجعي عنده وليس بائنا واستدل على ذلك بما يلي :

1 – بين الله تعالى حكم الطلاق وأنّ : "... **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗا** ج

البقرة: 228 .

---

[1] – ابن عبد البر ، الاستذكار ج ، مرجع سابق ، 6 ص 80 ،ابن عبد البر ، التمهيد،، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ، سنة 1387هـ ، ج 23 ص 372 ، عبد الرزاق، مرجع سابق ، ج 6 ص 483.

[2] – ابن عبد البر ، التمهيد ، مرجع سابق ، ج 23 ص 372 .

[3] –مالك، كتاب الطلاق ، باب طلاق المختلعة ، مرجع سابق ، ج 2 ص 565 .

[4] - المرجع نفسه .

[5] – ابن حزم ، مرجع سابق ، ج 10 ص 240 .

وقال : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ الطلاق: 2 ، فلا يجوز خلاف ذلك[1].

2 – ما وجدنا قط في دين الإسلام عن الله تعالى ، ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاقا بائنا لا رجعة فيه إلا الثلاث مجموعة ، أو مفرقة أو التي لم يطأها ، وما عدا ذلك فأراه لا حجة فيه[2].

وذهب أحمد في الرواية المشهورة والشافعي [3] في القول الآخر، وهو قول ابن عباس إلى أن الخلع فسخ وليس بطلاق ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1 – قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ ﴾ البقرة: 229 ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾ البقرة: 229 ، ثم قال تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ البقرة: 230 .

ووجه دلالة الآية كما قال ابن عباس أنّ الله تعالى ذكر تطليقتين ، والخلع وتطليقة بعدها ، فلوكان الخلع طلاقا لكان أربعا[4].

2 – ما رواه النسائي وغيره عن الربيع بنت معوّذ أنّ ثابتا بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها ، وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي ، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى

---

1 – ابن حزم ، مرجع سابق ، ج 10 ص 240 .

2 – ابن حزم ، مرجع سابق ، ج 10 ص 240 .

3 – ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 7 ص 226 ، ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 216 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 249 ، الغزالي ، الوسيط ، مرجع سابق ، ج 5 ص 311 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 211 ، ابن عبد البر، التمهيد ، مرجع سابق ، ج 23 ص 373 .

4 – عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ج 6 ص 486 ، 487 ، ابن أبي شيبة ، مرجع سابق ، ج 4 ص 118 ، البيهقي ، مرجع سابق ، ج 7 ص 316 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 250 .

الله عليه وسلم فأرسل إليه فقال : " خذ الذي لها عليك وخل سبيلها " قال : نعم ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتربص حيضة واحدة فتلحق بأهلها[1].

3 – روى الدار قطني عن عكرمة عن ابن عباس أنّ امرأة بن قيس اختلعت منه فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد حيضة[2].

ووجه دلالة الحديث ، والذي سبقه أنّ الخلع لو كان طلاقا لكانت العدة فيه عدة الطلاق وعدة الطلاق ثلاثة قروء لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ ﴾ البقرة: 228 .

فلما كانت العدة فيه حيضة واحدة لاستبراء الرحم دلّ على أنّه فسخ ، وليس بطلاق .

4 – روى ابن عيينة عن عمرو بن دينار ، عن طاووس ، عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأله ، فقال : رجل طلق امرأته تطليقتين ، ثم اختلعت منه ، أيتزوجها قال : نعم لينكحها ، ليس الخلع بطلاق[3].

5 – إنّ الله رتب على الطلاق بعد الدخول الذي لم يستوف عدده ثلاثة أحكام كلّها منتفية عن الخلع **أحدها:** أنّ الزوج أحق بالرجعة فيه ، **والثاني** : أنّه محسوب من الثلاث ، فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد زوج وإصابة ، **والثالث** : أنّ العدّة فيه ثلاثة قروء ، وقد ثبت بالنص والإجماع أنّه لا رجعة في الخلع ، وثبت بالسنّة ، وأقوال الصحابة أنّ العدّة فيه حيضة واحدة ، وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين ووقوع ثالثة بعده ، وهذا ظاهر جدا في كونه ليس بطلاق ، فإنّه سبحانه وتعالى قال : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ

---

[1]– سنن النسائي ، كتاب الطلاق ، باب عدة المختلعة ج 3 ص 383 .قال الألباني صحيح ، صحيح النسائي ج2ص503 .

[2]– سنن الدار قطني ، كتاب النكاح ج 3 ص 256 .

[3]– مصنف عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الفداء ج 6 ص 487 .

أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ البقرة: 229 ، وهذا وإن لم يختص بالمطلقة تطليقتين فإنّه يتناولها وغيرهما ، ولا يجوز أن يعود بالضمير إلى من لم يذكر، ويخلى منه المذكور ، بل إمّا أن يختص بالسابق ويتناوله ، أو يتناوله وغيره ، ثمّ قال : " فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد " وهذا يتناول من طلقت بعد فدية ، وطلقتين قطعا لأنّها هي المذكورة ، فلا بد من دخولها تحت اللفظ وهكذا فهم ترجمان القرآن الذي دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعلمه الله تأويل القرآن ، وهي دعوة مستجابة بلا شك[1].

6 – إنّ الخلع فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته ، فيكون فسخا كسائر الفسوخ[2].

وأمّا قانون الأسرة فلم يصرح بصفة الخلع ولكنّ بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أنّه طلاق بائن وليس فسخا .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 1986/02/10 ما يلي :

من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي ، وأنّ حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنّه إنما نزل على طلب الطلاق .

أمّا الطلاق البائن فهو الذي يقع قبل الدخول ، أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه ، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها ، وحسم النزاع بينها وبين زوجها .

---

1– ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج 5 ص 181 .

2– ابن قدامة ، المغني، مرجع سابق ، ج 7 ص 250 .

إنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا[1].

والذي يترجح مذهب الجمهور من اعتبار الخلع طلاقا بائنا لقوة دليله من السنة وآثار الصحابة والتابعين ، وأمّا قول ابن عباس فلا حجة فيه لمخالفة كثير من الصحابة كعثمان وعمر وغيرهما له .

قال ابن عبد البر : جمهور العلماء على أنّ الخلع طلاق ، وهو قول عثمان وجماعة الصحابة وخالف ابن عباس فقال : الخلع فسخ ، وليس بطلاق[2].

وأمّا استدلالهم بالآية الكريمة أنّ الله ذكر التطليقتين والخلع ، وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا فمردود ، لأنّ قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ البقرة: 229 ، معطوف على قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ البقرة: 229 ولو كان الخلع معطوف على الطلقتين لما جاز إلا بعد وقوعهما ، و لم يقل بهذا أحد من أهل العلم .

قال ابن عبد البر : استدلال ابن عباس أنّ الخلع فسخ بأنّ الله ذكر الطلاق في أول الآية وآخرها ، والخلع ما بين ذلك ، فليس بشيء ثم قرأ قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ البقرة: 229 ، وقرا أيضا قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ البقرة: 230.

---

1- قراررقم 39463 بتاريخ 10-2-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الأول ص 115 .

2- ابن عبد البر ، التمهيد ، مرجع سابق ، ج 23 ص 372 .

مردود ، لأنّ قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ البقرة: 230. معطوف على قوله تعالى ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ البقرة: 229 ، لأنّ قوله تعالى:﴿ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ ﴾ البقرة: 229 إنّما يعني به أو تطليق فلو كان الخلع معطوفا على التطليقتين لكان لا يجوز الخلع أصلا إلا بعد تطليقتين وهذا لا يقوله أحد ، ومثل هذا في القرآن كثير : ﴿ وَأَتِمُّواْ ٱلۡحَجَّ وَٱلۡعُمۡرَةَ لِلَّهِۚ فَإِنۡ أُحۡصِرۡتُمۡ فَمَا ٱسۡتَيۡسَرَ مِنَ ٱلۡهَدۡيِۖ وَلَا تَحۡلِقُواْ رُءُوسَكُمۡ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡهَدۡيُ مَحِلَّهُۥۚ ﴾ البقرة: 196 ، وهي على كل حال حلق محصر أو غير محصر ، لأنه لم يخص المحصر كما لم يخص الفدية من قد طلق تطليقتين بل هي للأزواج كلهم [1].

وأمّا قول ابن حزم الظاهري : أنّ الخلع طلاق لكنه رجعي لأنّه لم يرد الطلاق البائن إلا في الثلاث إما مجتمعة أو متفرقة ، أو الطلاق قبل الدخول وما عدا ذلك فلا حجة فيه[2] ، فمردود لأنّه لو كان له عليها رجعة لما كان لافتداء المرأة نفسها بالمال من زوجها معنى[3].

ولأنّ القصد من الخلع ودفع العوض إزالة الضرر عنها ، فلو جازت الرجعة لعاد الضرر إليها من جديد ، وهذا يتناقض مع تشريع الخلع مقاصده ، بل إنّ قوله تعالى :

﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾ البقرة: 229 يؤكد ذلك لأنّه لا يكون فداء إلا إذا خرجت المرأة من قبضته وسلطانه ،ولا يتحقق لها ذلك إلا أن يكون الطلاق بائنا كما قرر جمهور الفقهاء .

---

1- ابن عبد البر ، التمهيد ، مرجع سابق ، ج 23 ص 373 .

2- ابن حزم ، مرجع سابق ، ج 10 ص 240 .

3- الصنعاني ، مرجع سابق ، ج 3 ص 168 ، ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 216 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 7 ص 226 .

## المطلب الرابع : نوع ما يؤخذ في الخلع

اتفق الفقهاء على أنّ كلّ ما صلح مهرا صلح بدلا للخلع [1]، فيصح أن يكون مالا متقوما منتفعا به تحرزا من الخمر والخنزير وما أشبه ذلك ، فلا يصح بدلا للخلع ، ويبطل العوض وتقع الفرقة طلاقا بائنا ، ولا شيئا للزوج لأنّه رضي بالإسقاط بغير عوض فلا يستحق عليها شيئا خلافا للشافعي[2] الذي يلزمها بمهر المثل عند فساد العوض .

ويصح أن يكون منفعة تقابل بالأموال كسكنى دارها زمنا معلوما ، أو ترضع ولده من غير أجر ، أو يزرع أرضها مدّة معلومة لينتفع بريعها .

قال الشربيني : ويصح عوضه أي الخلع قليلا وكثيرا دينا ، وعينا ، ومنفعة لعموم قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ ﴾ البقرة: 229 ، ولأنّه عقد على منفعة البضع فجاز كما ذكر كالصداق[3] ، وهذا ما سنوضحه تفصيلا في هذا المطلب .

### الفرع الأول : الخلع على إسقاط الحقوق

يترتب للزوجة بالعقد أو الطلاق جملة من الحقوق كالنفقة الزوجية ، والنفقة في العدّة والسكن في زمنها ، والحضانة ، وحقوقها لغيرها كحق أبنائها في النفقة وغير ذلك من الحقوق ، فهل يصلح ذلك بدلا للخلع أم لا ؟

ذهب الفقهاء إلى أنّ كلّ ما كان حقا خالصا للزوجة جاز لها التنازل عنه في مقابل الخلع ، وما كان حقا مشتركا لها ولغيرها ففيه شيء من الخلاف ، نبين كل ذلك في النقاط التالية :

---

[1]- المرغيياني ، مرجع سابق ، ج2 ص14 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج3 ص265 .

[2]- الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج2 ص434 .

[3]- الشربيني ، مغني المحتاج، مرجع سابق ، ج3 ص 265 .

**1- الخلع على النفقة الزوجية والنفقة في العدّة :**

اتفق الفقهاء على جواز كون البدل في الخلع إبراء الزوجة لزوجها من النفقة الزوجية التي في ذمة الزوج ، وكذا نفقة العدة .

قال السرخسي : فلو اشترط عليها البراءة من النفقة فهو بريء منها ،لأنها أسقطت حقها ووجوب النفقة لها في العدة [1].

ويشترط الحنفية لإسقاط نفقة العدة النص عليها في الخلع لأنّها تثبت يوما فيوما فلا تكون حقا للمرأة واجبا على الزوج .

قال السرخسي : ولو أسقط نفقتها بعد الخلع بإبراء الزوج عنها لا يصح ذلك لأنّها مقصودة بالإسقاط فلا تكون إلا بعد وجوبها ، وهي تجب شيئا فشيئا حسب المدة[2].

ويرى المالكية صحة الخلع على نفقتها مدة الحمل ، فإذا كان بها حمل ظاهر أو محتمل وخالعته على نفقة عدتها ، وهي مدة حملها فإنّه يصح ، ولكنّها إذا أعسرت في هذه المدة وجب عليه أن ينفق عليها ، وتكون هذه النفقة دينا عليها يأخذه منها إذا أيسرت[3].

**2- الخلع على إسقاط السكن :**

يثبت للمرأة بالطلاق حق في مسكن الزوجية مدة العدة شرعا لقوله تعالى :﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ الطلاق: 1.

وقانونا جاء في المادة 61 من قانون 84-11: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق .

[1]- السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 172 .

[2]- السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 173 .

[3]-الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 442 .

فإذا اتفق الزوجان على الخلع في مقابل إسقاط السكنى عن الزوج في مدة العدّة صح الخلع وبطل الشرط ، لأنّ سكنى المطلقة زمن العدة في بيت الزوجية واجب لحق الشرع فلا تملك الزوجة أن تعفيه منه لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ الطلاق: 1.

إلا إذا كان البيت ملكا لها ، أو مستأجرا تدفع أجرته ، فإنّه يصح لها أن تعفيه من هذه الأجرة ، لأنّ حق الشرع لا يفوت بذلك .

وفي هذا يقول السرخسي : لا يصح إبراؤها عن السكن في الخلع ، لأنّ خروجها من بيت الزوج معصية قالوا ولو أبرأته السكنى بأن سكنت في بيت نفسها أو السكنى من ماهلا صح ذلك مشروطا في الخلع لأنّه خالص حقها[1].

وإذا لم يصح هذا البدل وجب عليها مهر المثل عند الشافعية للزوج .

قال الشربيني : لا يصح الخلع على أنّه بريء من سكناها ، لأنّ إخراجها من السكن حرام فلها السكن وعليها مهر المثل[2].

**3- الخلع على الحضانة :**

إذا خالع الزوج زوجته على أن تسقط حقها في الحضانة جاز الخلع وبطل الشرط عند الجمهور عدا المالكية ، لأنّ الحق في الحضانة للولد فلا تملك الأم التنازل عنه[3].

جاء في المبسوط : لا يجوز الخلع على أن تتنازل عن حضانة ولدها لأبيه لأنّ هذا الحق للولد وبقاؤه عند أمه أنفع له ، ولهذا لو تزوجت شخصا آخر عاد إلى أبيه ، لأنّها تشغل

---

1- السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 173 ، محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ص 547 .

2- الشربيني ، مغني المحتاج، مرجع سابق ، ج 3 ص 265 .

3- عبد الحميد الشرواني ، حواشي الشرواني ، دار الفكر ، بيروت ، ج 7 ص 469 .

بخدمة زوجها الثاني ، وطالما أنّه حق للولد ، فليس لها أن تبطله بالشرط ، فإذا خالعته على أن تترك الولد عنده فالخلع جائز والشرط باطل[1].

وأجاز المالكية في مشهور المذهب إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب بشرطين :

الأول : أن لا يلحق الولد ضررا من مفارقة أمه .

الثاني : أن يكون قادرا على حضانة الولد .

لكن المفتى به عند المالكية أنّ الحضانة لا تنتقل بإسقاط الأم إلى الأب ، ولكنّها تنتقل إلى من يلي الأم في حق الحضانة[2].

### 4 – الخلع على نفقة الصغير :

إذا خالعت الزوجة زوجها في مقابل أن تنفق على أبنائها مدة معينة صح خلعها ولزمها الانفاق المدة المتفق عليها .

فإذا امتنعت عن الاتفاق ، أو مات الولد رجع الزوج عليها بمثل نفقته المدّة المتفق عليها ، فإن كانت الزوجة معسرة لا تقدر على نفقة الولد جاز أن تطالب الزوج بالإنفاق على الولد من ماله ، ويرجع عليها بما أنفق عند يسارها ، لأنّ النفقة حق للولد ، وهي واجبة على الأب ، وقد انتقل الوجوب إلى الأم كبدل عن الخلع ، وفي حالة عجزها عن القيام بذلك وجب على الأب أن يقوم بذلك إحياء للولد وصيانة له من الهلاك [3].

ويجب عند الشافعية[4] أن يتبين مقدار النفقة وجنسها ، ومدتها حتى يكون المبلغ مضبوطا بالصفة كالمسلم فيه ، واقتصر الحنابلة عند عدم التقييد بنفقة المثل[5].

---

[1]– الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 443 ، الصاوي ، مرجع سابق ، ج 1 ص 442 .

[2]– الدردير ،الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج1 ص443 .

[3]- شلبي ، مرجع سابق ، ص 546 ، أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص 333 ، 334 .

[4]– ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 256 .

[5]– ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 256 ، ابن إدريس ،كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 220 ، 221 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 7 ص 232 .

## الفرع الثاني : الخلع على المنافع

مما سبق ذكره أنّ بدل الخلع يصلح بكل مال متقوم ، أومنفعة تقابل بالأموال ، ولهذه المنفعة صور متعددة أهمها ما يلي :

### 1- الخلع على الرضاع :

إذا خالعت الزوجة زوجها على إرضاع الصغير مدة الرضاعة بلا أجر صح ذلك منها ، وألزمت بإرضاعه المدة المتفق عليها ، فإذا خالعته على رضاع ولده مطلقا و لم يذكر مدّة صح ذلك منها عند أحمد [1] وانصرفت المدّة إلى ما بقي من الحولين واشترط الشافعية [2] تحديد المدة رفعا للجهالة ، فإذا لم يذكرا مدة الرضاع لم يصح البدل كما لا تصح الإجارة مع جهالة المدة .

ودليل الحنابلة قوله تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ البقرة: 233

﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ۚ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ ﴾ الأحقاف: 15.

وقول النبي صلى الله عليه وسلم : " لارضاع بعد فصال "[3] وفي الآيات والحديث تقييد للرضاع بالحولين ، فيحمل المطلق من كلام الناس على ذلك[4].

فإذا ماتت المرضعة أو جف لبنها فعليها أجرة المثل لما بقي من المدة ، وإن مات الصبي فكذلك .

---

[1] – ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 255 .

[2] – ابن قدامة ، المغني ، كشاف القناع ، ج 7 ص 255 .

[3] - سنن البيهقي ، ، باب الطلاق قبل النكاح ، مرجع سابق ج7ص319 ، ورواه البيهقي برواية أخرى موقوفا على علي رضي الله عنه ، في باب رضاع الكبير، ج 7ص461 .

[4] – ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 220 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 7 ص 232 .

وقال الشافعي في أحد قوليه لا يسقط الرضاع بل يأتيها بولد آخر لترضعه ، لأنّ المنفعة باقية ، وإن مات المستوفى قام غيره مقامه كما لو اكترى ظهرا ومات فإنّ الوارث يقوم مقامه فعلى هذا إن لم يأت بولد آخر حتى مضت المدة ففيه وجهان :

**أحدهما** : لا يرجع عليها لأنّها مكّنته من الاستيفاء فأشبه إذا أجرته دار وسلمتها إليهم فلم يسكنها

**الثاني** : يرجع عليها بمهر المثل في قوله الجديد ، وبأجرة الرضاع في قوله القديم .

**وأما القول الثاني** فإنّ الرضاع يسقط ولا يأتيه بولد مقامه لأنّه عقد على إيقاع منفعة في عين ، فإذا أتلفت العين و لم يقم غيرها مقامها ، كما لو أكراه ظهرا للركوب فهلك الظهر فعلى هذا يرجع إلى مهر المثل في قوله الجديد والى أجرة الرضاع في قوله القديم[1].

وأما عند المالكية فإذا ماتت المرأة أو انقطع لبنها فعليها النفقة وتؤخذ من تركتها في موتها .

وإن مات الولد أو غيره رجع الوارث عليها ببقية النفقة المشترطة إلا لعرف أو شرط فيعمل به[2] .

## 2- الخلع على حضانة الولد :

لو خالعت الزوجة الزوج على حضانة وكفالة الولد مدة الحضانة من غير أجر صحّ الخلع ، و لزمها القيام بحضانة الصغير دون أجر .

فإذا امتنعت عن الحضانة أو صارت غير أهل لها دفع الأجر لغيرها ، ورجع عليها بالعوض ، أو كانت دينا عليها[3] .

---

1- الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 72 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 255 .

2- الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 442 .

3- أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 334 ، شلبي ، مرجع سابق ، ص 546 .

أمّا قانون الأسرة فلم يبين نوع ما يؤخذ في الخلع إلا حالة اختلاف الزوجين حول البدل فيحدده بقيمة مهر المثل وقت صدور الحكم .

جاء في المادة 54 من قانون 05-02 الفقرة الثانية : إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .

وتأكيدا على هذا جاء قرار المحكمة العليا بتاريخ : 1992/07/21 ما يلي :

من المقرر قانونا أنّه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره ، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة ، لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا .

وعليه فان قضاة الموضوع في قضية المال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون[1].

وأما عند الوفاق بين الزوجين فلهما أن يتفقا على كل ما صح التزامه شرعا من غير تحديد لنوعه من الأموال أو المنافع كما سبق بيانه في القرار السابق .

ولأنّ الضابط في تحديد بدل ونوع الخلع الصداق ، وهو يصح بكلّ ما هو مباح شرعا فكذلك بدل الخلع .

جاء في المادة 14من قانون 84-11 : الصداق ما يدفع نحلة للزوجة من نقود وغيرها من كلّ ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء .

---

[1]-قرار رقم 83603 بتاريخ 21-7-1992، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد الخاص ص 134 .

غير أنّه لا يجوز أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها في مقابل الخلع ، لأنّ الحضانة في تكييفها القانوني حق من وجهين ، حق للأم فهي أولى به من غيرها وحق للولد كذلك في أن يحضى برعاية أمه كما سنبين تفصيلا إن شاء الله في فصل الحضانة وعليه فما دام للولد حق في حضانة أمه فلا يحق لأمه أن تتنازل عنه في مقابل خلعها ، لأنّ بقاؤه معها أنفع له .

## المطلب الخامس : مقدار ما يؤخذ في الخلع

لا خلاف بين الفقهاء في جواز الخلع ، لما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنه أنّ امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم : " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" [1] ، وإنّما الخلاف في مقدار ما يأخذه الزوج في الخلع .

فذهب طاووس وعطاء والزهري[2] إلى أنه لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- ما رواه البخاري عن ابن عباس أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم : " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة " [3] .

فدل ظاهر الحديث أن لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، ويؤيد هذا ما جاء في بعض الروايات من منع النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الزيادة .

روى الدار قطني عن أبي الزبير أن ثابتا بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول ، وكان أصدقها حديقة ، فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم :

---

[1]-. سبق تخريجه ص256 .

[2]- ابن قدامة ، المغني، مرجع سابق ، ج 7 ص 247 ، ابن عبد البر ، الاستذكار، مرجع سابق ، ج 6 ص77

[3]- سبق تخريجه 256 .

" أتردين عليه حديقته التي أعطاك ؟ " قالت : نعم وزيادة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أمّا الزيادة فلا ، ولكن حديقته " قالت : نعم فأخذها له ، وخلا سبيلها ، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال : قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم[1].

2- روى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال : لا يحلّ له أن يأخذ منها شيئا من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها ، بل يظهر لها البغضاء ، وتسيء عشرته ، وتظهر له الكراهة ، وتعصى أمره فإذا فعلت ذلك حلّ له أن يقبل منها ما أعطاها و لا يحل له أكثر مما أعطاها [2].

3- إنّه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد ، كالعوض في الإقالة[3].

وذهب الحنابلة[4] إلى كراهة الزيادة عما أعطاها من المهر ، وذلك جمعا بين الأدلة التي تجيز الزيادة مطلقا ، وهي قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ البقرة: 229 .

وبين الحديث الذي ينهى عنها مطلقا ، فقد روى الدار قطني عن أبي الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول ، وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أتردين عليه حديقته التي أعطاك ؟" قالت : نعم وزيادة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أما الزيادة فلا ، ولكن حديقته " قالت : نعم فأخذها له ، وخلى سبيلها ، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء النبي صلى الله عليه وسلم[5].

---

1- سبق تخريجه ص277 .

2- عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب ما يحل من الفداء ، مرجع سابق ، ج 6 ص 495 ، 496 ، ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 6 ص 77 .

3- ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق ، ج 7 ص 217 .

4- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 247 .

5- الدار قطني ، كتاب النّكاح ، مرجع سابق ، ج 3 ص 255 .

فيحمل هذا الحديث عندهم على الكراهة ، وخلاف الأولى جمعا بين الأدلة ، وهو قول الحنفية[1] إلا إذا كان في القضاء فيجوز فيه الزيادة .

وذهب المالكية والشافعية [2] إلى جواز أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، إذا كان النشوز والإضرار من قبلها ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ البقرة: 229 .

فهذه الآية تدل بعمومها على جواز الزيادة من المرأة ، لتفتدي بذلك نفسها .

2- روى مالك عن نافع ، عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد ، أنّها اختلعت من زوجها بكل شيء لها ، فلم ينكر ذلك عبد الله بن عمر[3].

3- روى عبد الرزاق عن معمر ، عن عبد الله بن عقيل ، أنّ الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنّها اختلعت من زوجها بكلّ شيء تملكه فخوصم في ذلك عثمان بن عفان فأجازه وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه[4].

4- قال الشافعي إذا حلّ للزوج أن يأكل ما طابت به نفسا على غير فراق ، حل له أن يأكل ما طابت نفسا ويأخذ عوضا بالفراق[5].

وأمّا قانون الأسرة فلم يحدد مقدارا للبدل في الخلع حالة الاتفاق بين الزوجين على بدل معين ، ولو كان أكثر من صداقها .

جاء في المادة 54 من قانون 05-02 صريحة بذلك : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، وهو مذهب المالكية والشافعية وابن حزم من

---

1- المرغيباني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 14 ، السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 183 ، ابن عبد البر ، الاستذكار، مرجع سابق ، ج6 ص77 .

2- القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 139 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 436 .

3-مالك ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلع، مرجع سابق ، ج 2 ص 565 .

4- عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب المفتدية بزيادة على صداقها ، مرجع سابق ، ج 6 ص 504 .

5- الشافعي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 197 ،ابن عبد البر ، الاستذكار، مرجع سابق ، ج 6 ص 79 .

الظاهرية وأمّا حالة الاختلاف في مقدار البدل فيرجع في تحديد ذلك إلى القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل رفعا للتزاع بين الزوجين

جاء في المادة 54 من قانون 05-02 الفقرة التالية ما يلي : إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.

وتأكيدا لهذا جاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/04/22 ما يلي :

من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية ، أنّه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره ، فإنّ أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أنّ ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ، ومن ثمّ يتعين على القاضي تقديم قيمة الخلع ثمّ الحكم بالطلاق .

وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها ، واشتراط الزوج خلعا قدره 50 ألف دينار، ورغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معا[1] .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21 ما يلي :

من المقرر قانونا أنّه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .

إنّ المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره ، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة ، لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا .

---

[1]- قرار رقم 36709 بتاريخ 22-4-1985 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الأول ص 95 .

وعليه فانّ قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون[1].

والذي يترجح في هذه المسألة ما ذهب إليه المالكية والشافعية وابن حزم من الظاهرية ، من جواز زيادة المرأة على ما أعطاها الزوج من المهر ، وذلك لعموم قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ البقرة: 229 ، ولا مخصص لهذا العموم من القرآن أو السنة الصحيحة ، ويؤيد هذا المعنى قوله تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ النساء: 4

وأمّا الحديث الذي رواه الدار قطني عن أبي الزبير وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المرأة على أن تزيد على ما أعطي لها من المهر ، فهذه الرواية لم يثبت رفعها بل هي مرسلة فيقدم عليها الروايات المرفوعة الصحيحة ، والتي لم يرد فيها شيء عن هذا النهي ومن بين هذه الروايات الكثيرة ما يلي :

1- ما رواه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنه السابق الذكر[2].

2- ما رواه مالك في الموطأ عن يحي بن سعيد ، عن عمرة بنت عبد الرحمان ، أنّها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الأنصاري ، أنّها كانت تحت ثابت بن قيس ابن شماس ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح ، فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من هذه "؟ فقالت : أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله ، قال : " ما شأنك "؟ قالت : لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها ، فلما جاء زوجها ثابت بن قيس ، قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : " هذه حبيبة بنت سهل ذكرت ما شاء الله أن تذكر" فقالت حبيبة : يا رسول الله كل ما أعطاني عندي ،

---

[1]- قرار رقم 83603 بتاريخ 21-7-1992 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد الخاص ص 134 .

[2]- البخاري : كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، مرجع سابق ، ج 5 ص 2021 .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس : " خذ منها ، فأخذ منها وجلست في بيت أهلها [1].

وعلى الرغم من جواز أخذ هذه الزيادة ، إلا أنّه ينبغي على الزوج أن لا يبالغ كثيرا في طلبه لهذه الزيادة ، حتى لا يرهق كاهل المرأة ، وأهلها بذلك لأنّ هذا ليس من شيم الكرام .

قال مالك : لم أر أحدا ممن يقتدى به منع ذلك ، لكنّه ليس من مكارم الأخلاق[2] .

---

[1] -سبق تخريجه ص257 .

[2] - القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 141 ، الصنعاني ، مرجع سابق ، ج 3 ص 167 ، ابن عبد البر ، التمهيد ، مرجع سابق ، ج 23 ص 273 .

## المطلب السادس : خلع المريضة

ذهب جمهور الفقهاء وهم الحنفية والشافعية والحنابلة [1] إلى أنّ للمريضة أن تخالع زوجها ولا أثر للمرض في ذلك ، والمراد بالمرض هنا الخوف الذي يفضي غالبا إلى الهلاك

**قال الشافعي** : والخلع في المرض والصحة جائز كما يجوز البيع في المرض والصحة ، وسواء أيهما أو أحدهما دون الآخر أو هما معا[2] .

قال ابن قدامة : إنّ المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة ، أو هما جميعا لأنّه معاوضة في المرض كالبيع ، ولا نعلم لهذا خلاف[3] .

وذهب المالكية[4] إلى أنّ الخلع في المرض غير جائز إذا زاد بدل الخلع على ارثه منها لو ماتت.

قال الدردير : ولا يجوز خلع الزوجة المريضة مرضا مخوفا أي يحرم عليها أن تخالع زوجها وكذا يحرم عليه لإعانته على الحرام ، وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما إن كان الزوج صحيحا ولو ماتت في عدّقما ، ومحل المنع إن زاد الخلع على إرثه منها لو ماتت[5].

وسئل ابن القاسم في المدونة أرأيت إن اختلعت المريضة من زوجها في مرضها من جميع مالها أيجوز هذا في قول مالك أم لا ؟ قال : قال مالك : لا يجوز ذلك قلت : أيرثها ؟ قال : قال مالك : لا يرثها ، قال ابن القاسم وأنا أرى إن كان صالحها على أكثر من

---

[1]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 270 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 7 ص 243 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 460 ، الشافعي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 200 .

[2]- الشافعي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 200 .

[3]- ابن قدامة ، المغني، مرجع سابق ، ج 7 ص 270 .

[4]- الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 354 ،الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 445 ، الحطاب ، مرجع سابق ، ج 4 ص 32 .

[5]- الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 445 .

ميراثه منها إن ذلك غير جائز ، وإن صالحها على أكثر من ميراثها أو مثله أو أقل من ميراثه منها ، فإنّ ذلك جائز[1].

وأمّا قانون الأسرة فلم يفرق في جوازه للخلع بين المريضة والصحيحة فيصح للمرأة أن تخالع نفسها بمال يتم الاتفا ق عليه ، جاء في المادة 54 من قانون 05-02: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

ولعلّ الأقرب إلى القبول مذهب الجمهور من جواز الخلع في المرض سواء كان المريض الزوج ، أو الزوجة لعموم النصوص الدالة على الإباحة .

1- قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ البقرة: 229 .

فالآية الكريمة لم تفرق في إباحة الخلع بين صحيح ومريض .

2- ما رواه البخاري عن ابن عباس أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم : " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[2] .

3- إنّ خلع الزوجة في المرض ليس فيه محاباة للزوج على الورثة وحرمانهم من الميراث ،لأنّ تصرفها مقيد في مالها بالثلث ، فإذا خالعت على ما زاد على ذلك رد الزيادة إلى الورثة .

أمّا بدل الخلع فلما كانت حقوق الورثة تتعلق به من أول المرض فقد اختلف الفقهاء في مقدار العوض الذي تملك الزوجة المريضة دفعه للزوج مقابل الخلع .

---

1- سحنون ، مرجع سابق ، ج 2 ص 241 .

2- سبق تخريجه ص256 .

فذهب الحنفية[1] : إلى أنّ الزوجة المختلعة إذا ماتت قبل انقضاء العدة كان للزوج الأقل من ثلاثة أشياء :

العوض المسمى في الخلع ، وهو ما يسمى ببدل الخلع ، أو ما يعادل نصيبه في الميراث على اعتبار أنّه وارث ، أو ثلث التركة فأيهما كان أقل أخذه الزوج .

وإذا ماتت الزوجة بعد انقضاء العدة كان للزوج الأقل من شيئين البدل المسمى في الخلع ، أو ثلث التركة أيهما كان أقل استحقه الزوج ، وذلك لامتناع الإرث في هذه الحالة .

وذهب المالكية والحنابلة[2] إلى أنّ الزوج يأخذ الأقل من شيئين : البدل المسمى في الخلع ، وقدر ميراثه لو كان وارثا ، وذلك لأنّ الزوجة إذا خالعت في مرض موتها فهي متهمة بأنّها أرادت أن تنفع الزوج بأكثر من نصيبه في الميراث أو بدل الخلع .

وذهب الشافعية[3] إلى أنّ الزوج لا يجب له إلا مقدار مهر مثلها وما زاد على مهر المثل ينفذ إذا وسعه الثلث ، فإذا خالعت المريضة زوجها على عشرة آلاف دينار وكان مهرها خمسة آلاف فللزوج الخمسة آلاف التي هي مساوية لمهر مثلها والخمسة آلاف الزائدة يأخذها من الثلث ، فإذا كانت أكثر من الثلث لا يأخذ منها إلا مقدار الثلث ، وإن كان الثلث أكثر منها أو مساويا أخذه جميعا .

---

2-السرخسي ، مرجع سابق ، ج 6 ص 192 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 460 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 271 .

[2]- الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج 2 ص 354 ،الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 445 ، الحطاب ، مرجع سابق ، ج 4 ص 32 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابقّ ، ج 7 ص 271 ، ابن مفلح مرجع سابق ، ج 7 ص 243 .

[3]- الشافعي ، ج 5 ص 200 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 265 .

قال الشافعي : وإن خالعته بمهر مثلها أو أقل فالخلع جائز ، وإن خالعته بأكثر من مهر مثلها ثمّ ماتت من مرضها قبل أن تصح جاز لها مهر مثلها من الخلع ، وكان الفضل على مهر مثلها وصية يحاص أهل الوصاية بها[1] .

والذي يترجح في هذه المسالة مذهب المالكية والحنابلة من أنّ الزوج لا يستحق إلا الأقل من أحد شيئين : البدل المسمى في الخلع ، ومقدار نصيبه من الميراث على اعتبار أنّه وارث وذلك لما يلي :

1- أنّ ما ذهب إليه الحنفية من أنّ الواجب للزوج الأقل من ثلاثة أشياء بدل الخلع أو قدر الإرث أو ثلث التركة في حال وفاة الزوجة قبل انقضاء العدة أو الأقل من أحد شيئين بدل الخلع ، أو ثلث التركة في حال وفاة الزوجة بعد انقضاء العدة وهو تفريق لا مبرر له ولا يظهر له وجه .

2- ما ذهب إليه الشافعية من أنّ الواجب للزوج ما يساوي مهر مثلها ويضاف إليه ما حمله ثلث التركة يتنافى مع كون الزوجة متهمة في إعطاء أكثر من نصيبه في الميراث عن طريق الخلع ، فمنعا لهذا الاتهام يرجح القول الذي يجعل للزوج الأقل من بدل الخلع أو نصيبه في الميراث .

أمّا إن برئت المخالعة المريضة من مرضها فلمخالعها جميع البدل المسمى كما هو الشأن في تصرفات المريض إذا بريء فإنها تعتبر كتصرفاته في حال الصحة .

قال ابن عابدين : ولو برئت منه (المرض) كان للزوج كل البدل لتراضيهما[2] .

---

[1]- الشافعي ، مرجع سابق ، ج 5 ص 200 .

[2]- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 460 .

# المبحث الرابع : الحضانة وأحكامها

**تمهيد :**

تعتبر مرحلة الطفولة من أهم مراحل حياة الإنسان ففيها تنمو القدرات ، وتتفتح المواهب وتتشكل الشخصية ، ونظرا لأهميتها فقد أحاطتها الشريعة بشيء من العناية فألزمت بحضانة هذا الصغير إلى أن يستقل بنفسه ،واعتبرتها من الولاية على النفس ، ووضعت لها شروطا لاستحقاقها حماية ولرعاية للصغير ، وهذا ما سنعرفه تفصيلا في هذا الفصل الذي قسمته إلى المطالب التالية :

**المطلب الأول : مفهوم الحضانة وشروطها**

**المطلب الثاني : مسقطات الحضانة وعودتها**

**المطلب الثالث : ترتيب درجات مستحقي الحضانة**

**المطلب الرابع : الانتقال بالمحضون**

**المطلب الخامس : أجرة الحضانة ومدتها**

**المطلب السادس : مسكن الحضانة رؤيته**

# المطلب الأول : مفهوم الحضانة وشروطها

## الفرع الأول : مفهوم الحضانة

### 1- تعريف الحضانة

**أ-الحضانة لغة**

الحضانة لغة مأخوذة من الحضن بالكسر ،و هو ما دون الإبط إلى الكشح [1]، و قيل الصدر و العضدان و ما بينهما ، و الجمع أحضان و منه الاحتضان ، و هو احتمالك الشيء و جعله في حضنك ، كما تحتضن المرأة ولدها، فتحتمله في أحد شقيها.

و الحضانة بفتح الحاء ، لغة الضم، مأخوذة من الحضن من باب نصر ، و هو الجنب لضم الحاضنة الولد إليها ، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، و كذلك المرأة إذا حضنت ولدها.

و الحضانة التربية و الرعاية ، يقال حضن الصبي يحضنه رباه ، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه و يربيانه، و في حديث عروة بن الزبير : عجبت لقوم طلبوا العلم حتى نالوا منه ، فصاروا حضانا لأبناء الملوك ، أي مربين و كافلين ، و حضن جمع حاضن ، لأن المربي يضم الطفل إلى حضنه ، و به سميت الحاضنة التي تربي الطفل ، و الحضانة بالفتح فعلها [2].

**ب- الحضانة اصطلاحا**

عرفها الحنفية بقولهم : هي ضم الأم ولدها إلى جنبها و اعتزالها إياه من أبيه فتقوم بحفظه و إمساكه و غسل ثيابه [3] .

---

1- الكشح بفتح الكاف و سكون الشين ، ما بين الخاصرة إلى الضلع . محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ج1ص60 .

2- ابن منظور ، مرجع سابق ، ج13 ص 123 ، محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ج1 ص 60

3- الكساني ، مرجع سابق ، ج4 ص 40

و عرفها المالكية بقولهم : حفظ الولد في مبيته و مؤنة طعامه و لباسه و مضجعه و تنظيف جسمه [1].

و عرفها الشافعية بقولهم: تربية من لا يستقل بأموره، بما يصلحه و يقيه و لو كبيرا مجنونا [2] والمراد بالتربية أن يتعهده بغسل جسده و ثيابه و دهنه وربطه في المهد ، وتحريكه لينام [3].

و قيل هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل و كبير مجنون و تربيته [4].

و المراد بالحفظ تنمية المحضون بما يصلحه و تعهده في طعامه و شرابه و نحو ذلك[5].

و عرفها الحنابلة بقولهم : حفظ صغير و مجنون و معتوه [6] عما يضرهم و تربيتهم بعمل مصالحهم[7].

و المقصود بالحفظ كل ما يتعلق بمصالحه كغسل رأس و يدين و ثيابه و دهنه و تكحيله حتى ربطه في المهد و تحريكه لينام[8].

وأمّا قانون الأسرة فقد عرّفها في المادة 62 من قانون 84-11 : الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه خلقا ودينا .

ويلاحظ في تعريف الحضانة من حيث اللغة والاصطلاح أنّ التعاريف ، وإن اختلفت ألفاظها إلا أنّها تدور على معنى واحد وهو الرعاية ، والعناية والتربية بمن لا يستقل بنفسه وهو صغير ، وإن كان الحنابلة توسعوا في معنى الحضانة لتشمل المجنون

---

1- الصاوي ، مرجع سابق ، ج 1 ص 527 .

2- الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج2 ص 489

3 - المرجع نفسه .

4 - الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج3 ص 452.

5 - المرجع نفسه .

6 - المعتوه : المختل العقل ، ابن إدريس ، كشاف الإقناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 496

7- ابن إدريس ، كشاف الإقناع ، مرجع سابق ، ج5 ص495 ، 496

8- المرجع نفسه .

والمعتوه ولو كان كبيرا عند الشافعية ، أمّا جمهور الفقهاء فيسمى ذلك كفالة ، لأنّ الحضانة لا تثبت إلا على الصغار .

## 2- التكيف الفقهي والقانوني للحضانة

على الرغم من اتفاق الفقهاء[1] على حكم الحضانة وأنّها واجبة لأنّ المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه عن الهلاك ،كما يجب الإنفاق عليه ، وإنجاؤه من المهالك والمخاطر ، إلا أنّهم اختلفوا في تكيفها هل هي حق للحاضن أم للمحضون أولهما معا ؟

فذهب الحنفية والشافعية والمالكية في المشهور والحنابلة في رواية [2] إلى أنّها حق للحاضن لا تجبر عليها إذا امتنعت ، ولكنّها الأحق بها إن طلبتها ، والدليل على ذلك ما رواه أبو داود وأحمد عن عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده أنّ امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي" [3]،قال ابن القيم وفيه دليل على أنّ الحضانة حق لها .

---

[1]- ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8 ص230، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، 8 ص190، ابن ضويان ، مرجع سابق ، ج2 ص280، ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج5 ص496، الشيرازي ، المهذب مرجع سابق ، ج2 ص169، د- الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ج10ص7296 .

[2]- علي الصعدي العدوي ، حاشية العدوي ، دار الفكر ، بيروت ، سنة 1412هـ ، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي ، ج2 ص168، محمد بن أحمد ابن جزي، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية ، الطبعة الأولى ، سنة1420هـ - 2000م ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي ، ص 250، ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، مرجع سابق ، ج1 ص296، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8 ص236، السيواسي ، مرجع سابق ، ج4 ص368، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص555، المرداوي ، مرجع سابق ، ج9 ص426، ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج4 ص180، محمد بن أحمد بن رشد ، مقدمات ابن رشد ، دار الفكر ، بيروت سنة النشر 1986 م .ج2 ص264.

[3]- أبوداود ، كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد ، مرجع سابق ، ج2 ص283 ، أحمد ، مسند المكثرين ،باب مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ، مرجع سابق ، ج2 ص182 ، الحاكم ، كتاب الطلاق ، مرجع سابق ،

وذهب المالكية في قول واختاره ابن الماجشون والحنابلة في رواية والفقهاء الثلاثة من الحنفية أبو الليث السمرقندي والهنداوي وجواهر زادة ، وهو اختار صاحب الفتح والبحر وهو ظاهر الرواية [1] أنّ الحضانة حق للولد تجبر عليها إذا امتنعت رعاية لحق الولد من الضياع .

وذهب ابن عابدين من الحنفية إلى الجمع والتوفيق بين القولين من أنّ الحضانة حق للحاضن والمحضون معا .

قال ابن عابدين [2] : ويؤخذ من هذا التوفيق بين القولين ، وذلك أنّ لكل من الحاضنة والمحضون حق في الحضانة ،واستند في ذلك إلى فتوى أبي السعود [3] في مسألة رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها من الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد الجواب نعم لها ذلك فإن أقوى الحقين في الحضانة للصغيرة وإن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حقه أبدا .

---

ج2 ص214 ، البيهقي ، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة ، مرجع سابق ، ج8 ص4 .قال شعيب الأرناؤوط حديث حسن .

[1]- العدوي ، مرجع سابق ، ج2 ص168، ابن جزي ، مرجع سابق ، ص 250،ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، مرجع سابق ، ج1 ص296، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8 ص236، السيواسي ، مرجع سابق ، ج4 ص368، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص555، المرداوي ، مرجع سابق ، ج9 ص426، ابن رشد الجد ، مرجع سابق ، ج2 ص264.

[2]– ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص560 .

[3] – أحمد بن عمر الاسقاطي، أبو السعود، الحنفي المصري: نحوي فقيه، عارف بالتجويد، من أهل القاهرة. من كتبه (تنوير الحالك على منهج السالك للاشموني على ألفية ابن مالك – خ) في دمشق والقاهرة وتونس، جزآن، و (منهج السالكين – خ) حاشية على (شرح ملا مسكين لكنز الدقائق، مجلدان في الأزهرية، و (القول الجميل على شرح ابن عقيل – خ) في الأزهرية، و (حاشية على شرح عصام للسمرقندية – خ) في الأزهرية، و (حاشية على شرح القاضي للجزرية – خ) تجويد، في العبدلية، و (حل المشكلات في القرآت – خ) في التيمورية.الزركلي ، مرجع سابق ، ج1ص188 .

وأمّا قول من قال بأنّها حق للحاضنة فمحمول على ما إذا لم تتعين عليها، لأنّ المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه ، ومن قال إنما حق المحضون فتجبر محمول على ما إذا تعينت واقتصرت على أنّها حقه لعدم من يحضنه .

وبهذا التوفيق يرتفع الخلاف أصلا ، وإن كان حكاية القولين تفيد الخلاف فيما إذا وجد غيرها ، ولكن حيث أمكن التوفيق كان أولى ويكون الخلاف لفظيا .

إلى هذا القول ذهب قانون الأسرة في المادة 64 من قانون 05-02 ، والمادة 66 من قانون84-11 : يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون للأم .

فالتشريع الجزائري يعتبر أنّ الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون ولذا أجاز تنازل الأم عن الحضانة إلى من يليها في الترتيب المذكور شريطة أن لا يؤثر ذلك على المحضون .

فإذا أثر ذلك على المحضون أجبرت الأم على الحضانة جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ : 1998/04/21 الملف ما يلي :

من المقرر قانونا أنّه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ، ومن ثمّ فإنّ القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون فإنّهم طبقوا صحيح القانون ،ومتى كان كذلك استجوب رفض الطعن[1] .

فالاجتهاد القضائي يعتبر أنّ تنازل الأم عن الحضانة إذا أضر بالمحضون كأن لم يوجد غيرها لا يقبل منها ، وعليه فالقضاء يلزمها لأنّ مبنى الحضانة مصلحة المحضون .

وينبني على القول بأنّ الحضانة حق للحاضنة :

---

[1]- قرار رقم 189234 بتاريخ 21-4-1998 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001، العدد الخاص ص175

1.أنّ الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة إلا بمبرر شرعي .

2.لو طالبت الحاضنة بأجرة على الحضانة جاز لها ذلك لأنّها حق وليست واجبا .

3.لو تنازلت عن حقها في الحضانة لنكاح ، أو سفر ، أو مرض جاز لها المطالبة بها مرة أخرى .

4.لو كان للصغير مرضعة غير حاضتة يجب عليها أن ترضعه عندها حتى لا يفوت حقها في الحضانة

5.لا يجوز للأب أن يسافر بالصغير لما في ذلك من إسقاط لحقها

وينبني على القول بأنّ الحضانة حق للمحضون .

1-أنّ المرأة لو خالعت زوجها على أن تترك حضانة ولدها ، فالخلع صحيح ولكن لا يسقط حقها في الحضانة لأنّه ليس خالص حقها بل للطفل فيه حق ، وليس لها أن تترك حق الطفل فيبطل الشرط [1].

2-أنّها لو صالحت زوجها على أن تترك حقها في الحضانة ، وجعلت ذلك أساس في الصلح ، فإنّه يكون باطلا ، لأنّه لا يكون صلحا على ما لا تملك وهو حق غيرها [2].

3-إذا تعينت الأم لحضانة ولدها أجبرت عليها ، ولو قضاء إذا امتنعت و لم يوجد غيرها رعاية للصغير

جاء في قرار رقم 51894 بتاريخ 19 –12- 1988 ما يلي : من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن أخر يقبل منها تنازلها

[1] - ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص560 ، أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 482 .، عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، دار المعارف ، مصر ، الطبعة الثالثة ، سنة النشر 1962 ، ص 560 ، الصابوني ، مرجع سابق ، ج 1 ص 239 .

[2] – أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 482 ، عمر عبد الله ،مرجع سابق ، ص 560

وتعامل معاملة نقيض قصدها ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة[1] .

والذي يترجح في المسألة أنّ الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون ، فلا تجبر إلا إذا تعين عليها ، وهو ما ذهب إليه التشريع الجزائري وأكده القضاء.

وأمّا أنّه حق للحاضنة فدليله حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي[2] .

وعلق ابن القيم على الحديث بقوله أنت أحق به دليل على أنّ الحضانة حق لها ،وما دام أنّه حق لها فهو حق لكل من يليها في المرتبة .

وأمّا أنّه حق للمحضون لأنّ رعاية وحمايته من المهالك والمخاطر واجب باتفاق كما سبق بيانه ، وهو قال عامة الفقهاء عند التأمل وهو اختيار الإمام ابن القيم من الأقوال حيث قال : والصحيح أن الحضانة حق لها ، وعليها إذا احتاج الطفل إليها و لم يوجد غيرها [3].

فيكون الخلاف بينهم خلافا لفظيا إلا في حالة تعدد الحاضنات كما صرح بذلك الامام ابن عابدين في حاشيته .

لأنّ الذين يقولون بأنّ الحضانة حق للحاضنة لم يهملوا حق المحضون في الرعاية ، والعناية إذا لم يوجد من يحضنه .

---

[1]- قرار رقم 51894 بتاريخ 19-12-1988 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1990، العدد الرابع ، ص70.

[2] - تخريجه ص311 .

[3] – شمس الدين الزرعي، زاد المعاد ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة التاسعة والعشرون ، سنة 1996م ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، عبد القادر الأرناؤوط ، ج 5 ص 404 .

تطبيقا للقاعدة الفقهية مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب ،فالحفاظ على حياته واجب .فإذا لم يتم إلا بتعينه على حاضنته كان واجبا .

والذين يقولون بأنّ الحاضنة حق للمحضون فمحمول على ما إذا تعين عليها لعدم من يحضنه .

## الفرع الثاني : شروط الحضانة

للحضانة شروط يجب توافرها لممارسة الحضانة ، وهذه الشروط منها ماهو متفق عليها ، وماهو مختلف فيها .

1) **الشروط العامة لاستحقاق الحضانة** : للحضانة شروط عامة يجب أن تتوفر في من يتولاه سواء أكان رجلا أو امرأة وهي كالتالي :

**1–العقل** : فلا حضانة لمجنون[1] ، وإن كان جنونه منقطعا لانعدام الأهلية ،وعدم قدرته على كفالة نفسه ناهيك عن غيره لقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق » [2].

ولأنّ مناطها الحفظ والتربية والرعاية لشؤون الصغير ، ولا يتأتى ذلك منه بل هو في نفسه محتاج إلى من يكفله ، واستثنى الشافعية من ذلك ما كان يسيرا كيوم في السنة [3] ، فلا يسقط الحضانة لأنّه بمثابة المرض الذي يطرأ ويزول.

وإن كان عدم التفريق في حالة الجنون بين أن يكون متصلا ، أو منقطعا أولى فكلاهما مانع من الحضانة .

---

[1] - ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق ، ج 8 ص 190 ، الشيرازي ، المهذب مرجع سابق ، ج 2 ص 269 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 491 ، الشربيني ، مغنى المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 455 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 555 ، الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 ، الدردير، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 528 .

[2] – البيهقي ، كتاب الإقرار، باب من لا يجوز إقراره ، مرجع سابق ، ج 6 ص 84 ، أبو داود ، كتاب الحدود ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا ، مرجع سابق ، ج 4 ص 140 ، الدارمي ، كتاب الحدود ، باب رفع القلم عن ثلاث ، مرجع سابق ، ج 2 ص 225 ، الترمذي ، كتاب الحدود عن رسول الله ، باب ماجاء فيمن لا يجب عليه الحد ، مرجع سابق ، ج 4 ص32 ، النسائي ، كتاب الطلاق ، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج ، مرجع سابق ، ج 3 ص360 ، ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم ، مرجع سابق ، ج1 ص685 ، الحاكم، كتاب البيوع ، مرجع سابق ، ج 2 ص 67 .قال أبوعيسى حديث علي حديث حسن غريب من هذا الوجه ، وقال الألباني صحيح .الألباني ، صحيح سنن النسائي ج2 ص478 .

[3] – الشربيني ، مغنى المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 455، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 491 .

قال الدكتور عبد الرحمان الصابوني : لا فرق في الجنون سواء أكان متصلا مستمرا ، أم كان منقطعا وذلك للخطر الناجم عن تصرفات المجنون ، ولو كان يوما في الشهر فقد يصاب المجنون بضرر قد يقضي على حياته،والحضانة الأصل فيها رعاية المحضون [1].

وقال الأستاذ عبد العزيز عامر : وإنّي لا أفرق بين جنون منقطع قليل أو كثير ، بل ينبغي أن يكون الجنون المنقطع مانعا من الحضانة أيضا ، ولو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة ، لأنّ ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه ، فقد يرد جنونها في أي وقت ، وإن كان نادرا أو قصيرا ، ويتأتى أن يكون الجنون من النوع الخطير فيضر بالولد والحضانة مناطها صالحة ، فيجب أن تتحرى فيها مضان هذا الصالح ، وأن يبتعد عن كل مضنة ضرر [2].

وزادوا على اشتراط العقل عدم العته والطيش[3] ، وهو خفة العقل ونقصانه [4].

قال ابن عابدين : اختلفوا في تفسير المعتوه وأحسن ما قيل هو ما كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ، إلا أنّه لا يضرب ، ولا يشتم كما يفعل المجنون [5].

وحكم المعتوه كحكم الصبي المميز العاقل في تصرفاته ، ورفع التكليف عنه ،وقيل العته الجنون كما قال ابن رشد : المعتوه الذاهب العقل .

واستدل ابن منظور على ذلك بما رواه البيهقي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى

---

[1] – الصابوني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 225 .

[2] – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ص 235 .

[3] – الدردير، الشرح الصغير،ة مرجع سابق ، ج 1 ص 529 ، الدردير، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 528 ،ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق، ج 8 ص 190 ، الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 269 ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق ، ج 3 ص 583

[4] –محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ج 1 ص173 ، الدسوقي ، مرجع سابق ، ج2 ص 558 ، الصاوي ، مرجع سابق ، ج 1 ص529 ، ابن منظور ، مرجع سابق ، ج 13 ص 512 .

[5] –ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 6 ص 144 .

يحتلم وعن المعتوه حتى يفيق » [1]. أي المجنون [2]. فالعته مانع من الحضانة سواء أكان المراد منه نقصان العقل أو انعدامه

**2-البلوغ :** ويتصور هذا فيما عدا الأم ، فلا حضانة للصغير، ولو كان مميزا لأنّ الصغير في حاجة إلى من يرعاه و يتعهده وهي من باب الولاية ،و الصغير ليس من أهلها [3].

وأجاز بعض المتأخرين من الحنفية للمراهقة الحضانة .

قال ابن عابدين : أفتى بعض المتأخرين بأنّ المراهقة لها حق الحضانة لقول العيني : أحكام المراهقين أحكام البالغين في سائر التصرفات . وقال : إن هذا يكون عند ادعاء المراهقة البلوغ وإلا فهي في حكم القاصر [4].

وذهب المالكية إلى عدم اشتراط البلوغ [5]، واقتصروا على العقل مع الرشد ، فمن كان عاقلا حسن التصرف ثبتت له الحضانة ولو كان غير بالغ .

قال الدسوقي [6]: فإذا ثبت للصبي حفظ المال ثبت له حق في حضانة غيره ، ويكون ذلك الصغير مع حاضنته لذلك المحضون ، فالصبي الأول مع حاضنته يشتركان في حضانة

---

[1] - سبق تخريجه ص 314 .

[2]- ابن منظور ، مرجع سابق ، ج 3 ص 512 .

[3] - ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق ، ج 2 ص190 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 492 ، الشربيني ، مغنى المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 456 .

[4]- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص556

[5]- الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 2 ص 529 ، الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج 2 ص 528 .

[6]- محمد بن أحمد بن عرفة المالكي،من علماء العربية،من دسوق بمصر، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة سنة 1230ه،كان من المدرسين في الأزهر له كتب منها: الحدود الفقهية في فقه الإملم مالك،وحاشية على مغني اللّبيب مجلدان،وحاشية على السّعد التفتازاني مجلدان، وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، حاشية على شرح السنوسي لمقدمة أم البراهين. االزركلي ، مرجع سابق ، ج6- ص17 .

الصبي الثاني ، فحضانة الكبير من حيث الحفظ للذات ، وحضانة الصغير من حيث الحفظ للمال [1] .

أما القانون فلم يشترط البلوغ ، وإنما اشترط الأهلية القانونية لممارسة الحضانة ، وهي بلوغه السن التاسع عشرة كما جاء في القانون المدني المادة 42 ، فمن لم يبلغ هذا السن يعد قاصرا قانونا لا تسند إليه حضانة الصغير لعدم أهليته قانونا .

**3–الكفاية** : وهي القدرة على القيام بشؤون المحضون ،فلا حضانة لعاجز عن ذلك كمسنة أقعدها السن عن القيام بشأن المحضون ، إلا أن يكون عندها من يحضن ، لأنّ كبر السن أو الشيخوخة مرحلة ضعف بعد قوة لقوله تعالى : ﴿ ٱللَّهُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنۢ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنۢ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَآءُ ۖ وَهُوَ ٱلْعَلِيمُ ٱلْقَدِيرُ ﴾ الروم: 54 .

فتقدم الإنسان في السن يجعله ضعيفا لا يستطيع أن يقوم برعاية غيره وحفظه ، بل هو في نفسه محتاج إلى من يخدمه ، ويترك أمر تقدير هذا العجز أو الضعف إلى تقدير القاضي في إسقاط الحضانة .

ولا حضانة لمريض مرضا يمنعه من القيام بواجب الحضانة كالمقعد والأعمى [2].

قال ابن عابدين في حضانة الأعمى [3] : وأما حضانته فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلا وإلا فلا واشترط الحنفية والمالكية[1] في العمى المسقط للحضانة ألا يوجد عندها من يحضن

---

[1]– الدسوقي ، مرجع سابق ، ج2 ص529 .

[2]– ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 556 ، ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 499 ، الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 ، الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 528 ، أبو عمر يوسف بن عبد البر ، الكافي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1407هـ ج 1 ص 296 .

[3] – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص556 .

فإذا وجد من يخدم الصغير ويرعى شؤونه بقي حقها في الحضانة لأن المقصود من الحضانة الحفظ والرعاية سواء أكانت بالنفس أم بالغير .

وأمّا الشافعية والحنابلة [2] فقد اعتبروا أن العمى مانع من الحضانة و لم يقيدوه بوجود من يخدم ، بل تشدد الحنابلة في هذا الشرط حتى جعلوا ضعف البصر من الموانع وهو ما أكده القضاء الجزائري .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09 ما يلي : «من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ، ومن ثمّ فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي » .

ولما كان الثابت في قضية الحال أنّ الحاضنة فاقدة البصر، وهي لذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ، ومن ثمّ فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها ، وهي على هذا الحال ، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية .

ومتى كان كذلك استوجب نقض ، وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسيا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ [3] .

وزاد المالكية [1] في لفظ المانع من الحضانة الصمم والخرس ذلك أنّ استماع المحضون ، والحديث معه مهم جدا في معرفة حاجاته ومتطلباته والصمم والخرس مانع من ذلك .

---

[1] – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 556 ، الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 ، الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 528 .

[2] – ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 499 ، الشربيني ،مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 456 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 492.

[3]- قراررقم 33921 بتاريخ 9-7-1984، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد4 ، ص76 .

والذي يترجح مذهب الحنفية والمالكية من أنّ المرض المزمن ، أو العمى أو كبر السن ليس مانعا بذاته من الحضانة ، وإنّما الذي يمنع منها تضيع الولد وعدم رعايته ، فإن وجد مع المريض المقعد أو الكبير السن من يخدم ويحفظ بقيت حضانته ، لأنّ مناطها الحفظ وقد وجب ، ولا يهم أن تكون بنفس أو بالغير ولذلك نجد المالكية عند تعريفهم لشروط الحضانة أنّها شروط لاستحقاق الحضانة لا لمباشرتها .

4–**الأمانة** : والمراد بها حفظ الدين [2] ، فلا حضانة لفاسق لأنّه غير موثوق به في أداء واجبه ، وممن لا يؤتمن على دينه ، لا يؤتمن على دين الصغير ، ولو كان أبا أو أما .

وإن اتفق الفقهاء عدا ابن القيم من فقهاء الحنابلة في اعتبار الفسق مانعا من الحضانة ، إلا أنّهم اختلفوا في مدى هذا الفسق المانع .

1–فذهب الحنابلة والشافعية [3] إلى أنّ الفسق مطلقا مانع من الحضانة لأنّ المحضون لا حظ له في حضانته فينشأ على طريقته .

جاء في الدر المختار : مذهب الشافعي أنّ الفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها[4] .

2–مذهب المالكية إلى أنّ الفسق المانع هو ما اشتهر على صاحبه ، لأنّه يؤدي إلى محاكاة المحضون سلوك الحاضن في شربه للخمر ، أو لهوه المحرم وهذا يتنافى مع مقاصد الحضانة .

جاء في الشرح الكبير : لا حضانة لفاسق كشريب (الخمر) ومشتهر بالزنا ولهو محرم [1].

---

[1] – الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 ،الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 528 .

[2] – الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج 2 ص 528 ،الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 .

[3] – ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق ، ج 8 ص 190 ، ابن غدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 498 ، ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق ، ج 3 ص 383 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 3 ص 491 ، الشربيني ، مغنى المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 455 ، الشيرازي ، المهذب مرجع سابق ، ج 2 ص 269 . .

[4] – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص556 . .

وهو ما رجحه المشرع الجزائري من أقوال الفقهاء وسار عليه القضاء فلا حضانة لمن لا تقيم للأخلاق وزنا ، حتى لا يسري هذا السلوك إلى الصغير فتفسد أخلاقه منذ صغره ، وهذا مناقض لمقصد الحضانة التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 62 من قانون 84-11حيث قال : الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

وتأكيدا لهذه المادة فقد جاءت قرارات المحكمة العليا تؤكد أنّ فساد أخلاق الحاضنة مسقط لحضانتها ، ومن بينها القرارات التالية :

جاء في قرار بتاريخ 1994/01/09 «متى كان من المقرر شرعا أنّ سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها ، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا » .

والحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتها لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها ، وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغيم زوجها على طلاقها[2] .

وقرار بتاريخ 1989/05/22 :«من المقرر فقها وقانونا أنّ الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته ، وحفظه صحة وخلقا ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون » .

ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاث للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها قد خرق القانون .

---

[1] -الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج2 ص528 ، الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج1 ص529 ، ابن عبد البر ، الكافي ، مرجع سابق ، ج1 ص296 .

[2]- قراررقم 31997 بتاريخ 9-1-1994، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد1، ص73 .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

وقرار بتاريخ 1997/09/30 : «من المقرر شرعا وقانونا أنّ جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون » .

ومتى تبين في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق . أ .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة[2] .

وأمّا من كان مستور الحال لا يظهر عليه الفسق ، والفجور ، والشذوذ والانحراف في الظاهر ثبتت له الحضانة .

3-وذهب الحنفية إلى أنّ الفسق المانع للحضانة هو الذي يضيع به الولد لانشغال الفاسق بلهوه المحرم ، فالمناط في هذا إذا ضياع الولد حتى جاء في فتاوى الرملي : لو كانت المرأة صالحة كثيرة الصلاة قد استولى عليها محبة الله ، وخوفه حتى شغلاها عن الولد ، ولزم ضياعه انتزع منها [3].

فالحاضنة إذا حافظت على الصغير ، و لم تهمله و لم تضيعه على الرغم من فسقها ، وشذوذها لم تسقط حضانتها .

واستدلوا على ذلك : بأنّ الذمية إذا كانت أحق بولدها ما لم يعقل الأديان ، فالفاسقة المسلمة أولى [4].

---

-[1]- قراررقم 53578 بتاريخ 22-5-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور لمجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1991 ، العدد4، ص99 .

[2]- قراررقم 171684 بتاريخ 30-9-1997، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001، العددخاص، ص169 .

[3]- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص556 .

[4]- المرجع نفسه .

جاء في البحر : وينبغي أن يكون المراد بالفسق في كلامهم الزنا المقتضي لاشتغال الأم عن الولد بالخروج من المترل و نحوه ،لا مطلقه بترك الصلاة،فالمراد بالفسق فسق يضيع الولد به[1].

قال ابن عابدين: و الحاصل أنّ الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها يسقط حقها ،و إلا فهي أحقّ به إلى أن يعقل فيترع منها ،كالكتابية[2] .

4-و ذهب ابن القيم من فقهاء الحنابلة إلى عدم اشتراط الأمانة بل ، بل تحامل على مشترطيه حيث قال:و من العجب أنّهم يقولون :لا حضانة للفاسق فأي فسق أكبر من الكفر؟و أين الضرر المتوقع من الفاسق بنشوء الطفل على طريقته إلى الضرر المتوقع من الكافر ،مع أنّ الصواب أنّه لا تشترط العدالة في الحاضن قطعا ،و إن شرطها أصحاب أحمد و الشافعي و غيرهم ، و اشتراطها في غاية البعد،و لو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم،و لعظمت المشقة على الأمة ،و اشتد العنت و لم يزل من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة أطفال الفساق بينهم لا يتعرض لهم أحد من أهل الدنيا، مع كونهم الأكثرين ، و متى وقع في الإسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما بفسقه ؟و هذا في الحرج و العسر ، و استمرار العمل المتصل في سائر الأمصار ، و الأعصار على خلافه بمترلة اشتراط العدالة في ولاية النكاح ،فإنه دائم الوقوع في الأمصار و الأعصار ، و القرى و البوادي ، مع أنّ أكثر الأولياء الذين يلون ذلك فساق،و لم يزل الفسق في النّاس ،و لم يمنع النبي صلى الله عليه وسلم ولا أحد من الصحابة فاسقا من تربية ابنه وحضانته له،ولا من تزويج موليته،والعادة شاهدة بأنّ الرجل ولو كان من الفساق،فإنّه يحتاط لابنته،و لا يضيعها،و يحرص على الخير لها بجهده،و إن قدّر خلاف ذلك،فهو قليل بالنسبة إلى المعتاد و الشارع يكتفي في ذلك بالباعث الطبيعي ، و لو كان الفاسق مسلوب الحضانة و ولاية

---

[1]- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 556

[2] – المرجع نفسه .

النكاح، لكان بيانُ هذا للأمة من أهم الأمور ،و اعتناء الأمة بنقله و توارث العمل به مقدما على كثير مما نقلوه ، و توارثوا العمل به .

فكيف يجوز عليهم تضييعه واتصال العمل بخلافه ، ولو كان الفسق ينافي الحضانة ، لكان من زنى أو شرب أو أتى كبيرة ، فرق بينه وبين أولاده الصغار والتمس لهم غيره [1].

والذي يترجح مذهب المالكية من أنّ الفسق المسقط للحضانة هو ما عرف به صاحبه واشتهر به بين النّاس ،لأنّه يدل على رعونة صاحبه ، وعدم حيائه من الله أو من الناس ، وقد جاء في الحديث الذي رواه البخاري عن أبي هريرة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " كل أمتي معافى إلا المجاهرين وإنّ من المجاهرة أن يعمل الرجل بالليل عملا ثمّ يصبح وقد ستره الله عليه فيقول يا فلان عملت البارحة كذا وكذا وقد بات يستره ربه ويصبح يكشف ستر الله عنه" [2] .

فيخشى على سلوك المحضون وخاصة إذا كانت بنتا من المجاهر ، أو المجاهرة بأن تحملها معها ، وهي صغيرة إلى أماكن اللهو ، والمجون كما هو ملاحظ في واقع النّاس ، أو أن يدخل عليها الفجار ، والفساق وهذا قهر شديد على سلوك المحضون .

وأمّا من كان مستترا عن أعين النّاس بمعصية لا يظهر بينهم بفسق ، أو مجون ففيه بقية خير تمنعه من أن يكون مفسدا في أهل بيته ، فلا تسقط حضانته .

ومذهب المالكية في المسألة مذهب وسط بين القائلين بأنّ الفسق مطلقا مسقط للحضانة كترك الصلاة مثلا ، ولو أخذنا به لدخل بذلك فساد وحرج على النّاس خاصة في زمن رق فيه الدين، وضعف اليقين،وبين مذهب القائلين بعدم اشتراط العدالة مطلقا وهو مذهب ابن القيم ولو أخذنا به لضاعت مقاصد الحضانة .

---

[1] – ابن قدامة ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج 5 ص 411 ، 412 .

[2] – البخاري ، كتاب الأدب ، باب ستر المسلم على نفسه ، مرجع سابق ، ج5 ص2254 .

وأما استدلال ابن القيم على عدم اشتراط العدالة بأنّ ذلك لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وأنهم لم يفرقوا بين الفساق ، وأبنائهم فهو استدلال فيه نظر ،ذلك أنّ مجتمعهم اصطبغ بالصبغة الدينية في واقع حياته فأصبحوا يعيشون الإسلام بكل معانيه ، وما الانحراف ،والشذوذ في واقعهم إلا شيئ عارض، ولو أردنا أن نحصي الجرائم الواقعة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وعصر الصحابة سنجدها تعد على الأصابع .

**5–السلامة من الأمراض المنفرة والمعدية** : يجب في الحاضن الخلو من الأمراض المعدية والمنفّرة ، ومثل الفقهاء [1] لذلك بالبرص والجذام ، فإنّ ريحه مضر ورؤيته ، وبكل مرض يخشى على المحضون منه العدوى ، ولو كان بالولد مثله ، لأنّه بالانضمام قد تحصل زيادة على ما كان من سبيل العادة واستدلوا على ذلك بما يلي :

1–ما رواه البخاري عن أبي هريرة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال :" لا توردوا الممرض على المصح "[2] .

2–ما رواه مالك عن ابن عطية أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لا عدوى ولا هام ولا صفر ولا يحل الممرض على المصحّ وليحلل المصح حيث شاء فقالوا يا رسول الله وما ذاك فقال رسول الله صلى الله عليه إنّه أذى " [3] .

ووجه دلالة الحديثين أن لا يقدم من أصابه المرض على الصحيح حتى لا تنتقل إليه العدوى ، أو الأذى كما قال النبي صلى الله عليه و سلم في رواية مالك و تأكيدا على ذلك نهى النبي صلى الله عليه و سلم أن يقدم أرضا انتشر فيها الطاعون ، أو يخرج منها.

---

[1] – ابن إدريس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج5 ص 498 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 456 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 492 ، الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 528 ، 529 ، الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 .

[2] – البخاري ، كتاب الطب ، باب لا عدوى ، مرجع سابق ، ج5 ص2177، مسلم ، كتاب السلام، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ، مرجع سابق ، ج4 ص1744

[3] – مالك، كتاب العين ، باب عيادة المريض والطيرة ، مرجع سابق ، ج2 ص946 .

3-روى مسلم في صحيحه عن أسامة بن زيد سمعت النبي صلى الله عليه و سلم قال: " الطاعون رجز أو عذاب أرسل على بني إسرائيل ، أو على من كان قبلكم فإذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليها،و إذا وقع بأرض و أنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه "[1] .

و المرجع في تقدير المرض ، و خطورته و تعديه إلى الصغير هو الطب ، و به يأخذ القضاء دليلا على عدم توافر شرط الحضانة.

و علّق الدسوقي في حاشيته على هذه المسألة بقوله: إنّ الأمراض لا تعدي بطبعها لكن الله جعل في مخالطة المريض للصحيح سببا لا عداء مرضه،و قد يتخلف ذلك عن سببه كما في غيره من الأسباب فقوله عليه السلام"لا عدوى..."معناه ليس شيئا من الأمراض يعدي بطبعه[2].

و تأكيدا لما ذكره الدسوقي أنّ المرض لا يعدي بذاته ، و إنما بفعل الله فقد جاء في رواية البخاري عن الزهري قال أخبرني سنان ابن أبي سنان الدؤلي أنّ أبا هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :" لا عدوى..."فقام أعرابي فقال أرأيت الإبل تكون في الرمال أمثال الضباء فيأتيها البعير الأجرب فتجرب فقال النبي صلى الله عليه و سلم فمن أعدى الأول .

6-**الإسلام** : اشترط الشافعية و الحنابلة [3] في الحاضنة أمّا ، أو غيرها الإسلام ما دام المحضون مسلما واستدل بالأدلة التالية :

1-أنّ الحضانة ولاية ولا ولاية لكافر على مسلم ، كولاية النكاح والمال ،لقول الله تعالى

﴿ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ النساء: 141.

---

[1]- البخاري ، كتاب أحاديث الأنبياء ، باب حديث الغار، مرجع سابق ، ج3 ص1281 ، مسلم ، كتاب السلام ، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة، مرجع سابق ، ج4 ص 1737 .

[2]- الدسوقي ، مرجع سابق ، ج2 ص 529.

[3]-ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق ، ج8 ص 190 .

ووجه دلالة الآية أنّ الله قطع الموالاة بين المسلمين والكفار، وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض والكفار بعضهم من بعض، والحضانة من أقوى أسباب الموالاة التي وضعها الله بين الفريقين[1].

2-إنّ الحاضن قد يفتنه عن دينه بتعلمه الكفر وتزينه له ، وتربيته عليه ، وهذا أعضم الضرر والحضانة إنّما تثبت لحض الولد ، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه[2] ، كما قال النبي- صلى الله عليه وسلم- : " كلّ مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه، أو يمجسانه " [3] ، فلا يؤمن تهويد الحاضن وتنصيره للطفل المسلم.

قال ابن القيم [4] فإن قيل الحديث إنما جاء في الأبوين خاصة قيل الحديث خرج مخرج الغالب إذ الغالب المعتاد نشوء الطفل بين أبويه، فإن فقد الأبوان ، أو أحدهما قام ولي الطفل من أقاربه مقامهما.

3-إذ لم تثبت الحضانة للفاسق فالكافر أولى ،فإنّ ضرر الكفر أعظم على الصغير من الفسق.

4-وأما الحديث فلا يثبته أهل النقل، وفي استناده مقال قال ابن المنذر: ويحتمل أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم- علم أنها تختار أباها بدعوته ما كان ذلك[5] .

وقال آخرون هذا الحديث من رواية عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان الأنصاري الأوسي، وقد ضعفه إمام العلل يحي بن سعيد القطان، وكان سفيان الثوري يحمل عليه،وضعف ابن المنذر الحديث وضعفه غيره، وقد اضطرب في القصة فروى أن المخير كان بنتا وروى أنه كان ابنا، ثم أنّ الحديث يحتج به على صحة مذهب من

---

1 – ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج5 ص 410.

2 – ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج8 ص 190.

3 – البخاري ، كتاب تفسير القرآن ، باب لا تبديل لخلق الله ، مرجع سابق ، ج4 ص1792 ، مسلم ، كتاب القدر ، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة ، مرجع سابق ، ج4 ص2047 .

4 – ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج5 ص 410.

5 – ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج8 ص190 .

اشترط الإسلام، فإن الصبية كما مالت إلى أمها دعا النبي صلى الله عليه وسلم- لها بالهداية فمالت إلى أبيها ، وهذا يدل على أنّ كونها مع الكافر، خلاف هدى الله الذي أراده من عباده، ولو استقر جعلها مع أمها لكان فيه حجة بل أبطله الله سبحانه بدعوة رسوله[1] .

وذهب الحنفية والمالكية و أبو سعيد الإسطرخي [2] من الشافعية [3]إلى عدم اشتراط الإسلام في الحاضنة، فيجوز للمرأة غير المسلمة أن تحضن ولدها المسلم مادام صغيرا لا يعقل الأديان عند الحنفية ، فإذ عقل الأديان ، أو خيف عليه أن يألف غير الإسلام انتزع منها.

جاء في الرد المختار[4]: والحاضنة الذمية ولو مجوسية كالمسلمة ما لم يعقل دينا ، أو يخاف أن يألف الكفر فيتزع منها.

وجاء في البحر الذمية أحق بولدها ما لم يعقل الأديان [5].

و أما عند المالكية [1] فإذا خيف على المحضون الفساد بأنّ تربيه على دينها ، أو تطعمه المحرمات كلحم الخنزير، أو الخمر ، فإنها تضم إلى جماعة المسلمين ليكونوا رقباء عليها ،و لا يتزع منها و يكفي لمراقبتها مسلم واحد أو مسلمة .

---

[1] – ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج5 ص 411

[2]- الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخري ، أبو سعيد فقيه شافعي ، كان من نظراء ابن سريج ولي قضاء قم ( بين أصبهان وساوة ) ثم حسبة بغداد ، واستقضاه المقتدر على سجستان، قال بن الجوزي له كتاب في " القضاء" لم يصنف مثله وقال الأسنوي: صنف كتبا كثيرة منها " أدب القضاء" استحسنه الأئمة ، وكانت في أخلاقه حدّة ، قال ابن النديم : له من الكتب " الفرائض" الكبير وكتاب " الشروط والوثائق والمحاضر والسجلات" . االزركلي ، مرجع سابق ، ج2 ص179

[3] – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص557،الكساني ، مرجع سابق ، ج4 ص42 السيواسي ، مرجع سابق ، ج4 ص367، الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج2 ص529 ، الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج1 ص529، الشيرازي ، المهذب، مرجع سابق ، ج2 ص269.

[4] – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص557 .

[5]– المرجع نفسه .

و استدل هذا الفريق لما ذهب إليه بالأدلة التالية :

1-ما رواه النسائي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده عن رافع بن سنان أنّه أسلم و أبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : ابنتي و هي فطيم أو شبهه ، و قال رافع : ابنتي ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أقعد ناحية، و قال لها أقعدي ناحية ، فأقعد الصبية بينهما ، ثمّ قال: أدعواها فمالت الصبية إل أمها فقال النبي صلى الله عليه و سلم : " اللهم أهدها فمالت إلى أبيها فأخذها " [2] .

ووجه دلالة الحديث أنّ الأم لو لم يكن لها حق في الحضانة مع كفرها لما خير النبي صلى الله عليه و سلم الطفل بينها وبين أبويها ، و لقضى بها إلى أبيها .

2-ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ امرأة قالت يا رسول الله: " إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإنّ أباه طلقني، وأراد أن يترعه مني فقال النبي صلى الله عليه وسلم:« أنت أحق به منه إن لم تنكحي " [3] .

ووجه دلالة الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أثبت للأم في حضانة صغيرها من تفريق كون أنها مسلمة أو كافرة.

3-الحضانة مدارها الشفقة على المحضون، والشفقة لا تختلف باختلاف الأديان، فالأم أشفق من غيرها على ولدها وإن خالفته في الدين .

---

[1] – الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج 2 ص 529 ، الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج1 ص 529.

[2] – النسائي ، كتاب الفرائض ، باب الصبي يسلم أحد أبويه ، مرجع سابق ، ج4 ص83 ، أبو داود داود كتاب الطلاق ، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد ،مرجع سابق ، ج2 ص273 ، البيهقي، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة ، مرجع سابق ، ج8ص3، أحمد ، كتاب باقي مسند الأنصار ، باب حديث أبي سلمة الأنصار ، مرجع سابق ، ج5 ص446.قال شعيب الارناؤوط : إسناده صحيح .

[3]- سبق تخريجه ص308 .

والذي يترجح مذهب الحنفية من عدم اشتراط الإسلام في حضانة الأم ، أو غيرها ما لم يعقل الصغير الأديان ، أو يخشى عليه من أن يألف غير الإسلام فإذ عقل وميز، أو خيف على دينه من أمّه التي ترغب أن يكون على ملتها ، بأن تصحبه في كل مناسبة دينية إلى الكنيسة ، أو المعبد تعرفه بدينها وتبشر به، فإنّه يترع منها حماية له من الهلاك والضياع.

ولا يقال أن المرأة في هذه الحالة تضم إلى جماعة من المسلمين يكونون رقباء عليها، حماية ورعاية للصغير من الضياع، لتعسر ذلك وخاصة في زمننا اليوم .

وهو ما اختاره المشرع الجزائري من الأقوال وجرى به العمل في القضاء ، لأنّ مبنى الحضانة الشفقة ، والشفقة لا تختلف باختلاف الأديان ، فالأم غير المسلمة أحق بولدها من غيرها ما لم يخشى على دين الصغير منها ، فإذ خيف على دينه انتزعت منها الحضانة ، لأنّ مقصد الحضانة كما في المادة 62 : رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/03/13 ما يلي : « من المقرر شرعا وقانونا أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ، ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه ، وإنّ حضانة الذكر للبلوغ ، وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية»[1] .

**7–الرشد** : وقد اشترطه المالكية والإمام الماوردي[2] من الشافعية[1] ، والرشد صفة تشمل البلوغ، وحفظ المال، فقد يكون الشخص بالغا غير رشيد أي سفيه لا يحسن التصرف

---

[1]- قراررقم 52221 بتاريخ 13-3-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993، العدد1، ص48 .

[2]- علي بن محمد حبيب، أبو الحسن الماوردي: أقضى فضاة عصره ، ولد في البصرة، وانتقل إلى بغداد، وولي القضاء في بلدان كثيرة، ثم جعل " أقضى القضاة " في أيام القائم بأمر الله العباسي، وكان يميل إلى مذهب الاعتزال وله المكانة الرفيعة عند الخلفاء، وربما توسط بينهم وبين الملوك وكبار الأمراء في ما يصلح به خللا أو يزيل خلافا من

في ماله، أو مال غيره، وقد يكون رشيدا غير بالغا، فالرشد أمر كلي تحته فردان، فرد صاحبه البلوغ ، وفرد لا يصاحبه البلوغ .

والمراد به عند المالكية المعنى الثاني، وهو حفظ المال، ولو كان مجردا عن البلوغ، فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون.

قال الدسوقي[2] : إذا ثبت للصبي حفظ المال ثبت له حق في حضانة غيره، ويكون ذلك الصغير مع حاضنه حاضنين لذلك المحضون، فالصبي الأول مع حاضنه يشتركان في حضانة الصبي الثاني، فحضانة الكبير من حيث الحفظ للذات، وحضانة الصغير من حيث الحفظ للمال.

8-**أمن المكان** : اشترط المالكية[3] وفي مكان الحضانة أن يكون حرزا آمنا، يأمن فيه المحضون على نفسه من القتل، وعرضه من الفساد، وماله من السرقة.

فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق، أو بجوارهم بحيث يخاف على البنت المطيقة منهم الفساد ، أو سرقة مال المحضون ، أو غصبه فيعرض المحضون للضياع ،وهذا اهمال في أخص شأن من شوؤن الحضانة وهو الحفظ .

وإن اشترطه المالكية صراحة فهو مشروط عند الجمهور ضمنا ودلالة في شرط الأمانة، لأنّ من الأمانة أن لا يتلف مال المحضون ، وأن لا ينقل إلى مكان فيه خطر على حياته أو ماله أو عرضه.

---

كتبه " أدب الدنيا والدين – ط " و " الاحكام السلطانية – ط " وغيرذلك . الزركلي ، مرجع سابق ، ج4ص327 .

[1] – الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج2 ص529 ،الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج1 ص529 ،الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج3 ص456 .

[2] – الدسوقي، مرجع سابق ، ج2 ص 529

[3] – الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج2 ص528 ،الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج1 ص529

2- **الشروط الخاصة بالنساء** : يشترط فيمن يتولى الحضانة من النساء الشروط التالية :

**1-خلو الحاضنة من زوج غير محرم للصغير** :ذهب الحنفية والمالكية و الشافعية والحنابلة في الرواية المشهورة [1] إلى أنّ زواج الحاضنة مسقط للحضانة مطلقا إلا أن يكون الزوج محرما للمحضون كعم مثلا واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية :

1-مارواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأرد أن ينتزعه مني فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحي[2] .

ووجه دلاله الحديث أنّ الزوجين إذا افترقا ، وبينهما ولد فالأم أحق به من الأب ، ما لم يقم بالأم مانع كالنكاح .

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، وقال ابن عبد البر لا أعلم خلافا بين السلف من العلماء ، والخلف في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلا صغيرا ، لا يميز شيئا إذا كان عندها في حرز وكفاية ، و لم يثبت منها فسق و لم تتزوّج [3].

2-ما رواه مالك عن يحي بن سعيد أنّه قال : سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار ، فولدت له عاصم بن عمر ، ثمّ أنّه فارقها ، فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده ، فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام ،فنازعته إياه ، حتى أتيا أبا بكر الصديق ، فقال عمر ، ابني

---

[1] - الكساني ، مرجع سابق ، ج4 ص42 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج4 ص367 ،الدردير ، ، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2ص29، الشربيني ، الإقناع للشربيني، مرجع سابق ، ج2 ص492 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص 555 ، الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج1 ص529 ،ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق ، جزء8 ص194، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8 ص234

[2]- سبق تخريجه 308.

[3] - ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج 7 ص 290 .

وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر : خل بينها وبينه ، قال فما راجعه عمر الكلام ، قال : وسمعت مالكا يقول: وهذا الأمر الذي آخذ به في ذلك [1].

قال ابن عبد البر : هذا خبر منقطع في هذه الرواية ، ولكنّه مشهور ، ومروي من وجوه منقطعة ومتصلة تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل .

وزوج عمر بن الخطاب أم ابنه عاصم بن عمر هي جميلة ابنة عاصم بن ثابت بن أبي الأقلح الأنصاري .

وفيه دليل على أنّ عمر كان مذهبه في ذلك خلاف مذهب أبي بكر ، ولكنّه سلّم للقضاء ممن له الحكم والقضاء ، ثمّ كان بعد في خلافته يقضي به ، ويفتي ، و لم يخالف أبا بكر في شيء منه ما دام الصبي صغيرا ، ولا يميز ، ولا مخالفا له من الصحابة [2].

3-ما رواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن أبي الزبير عن رجل صالح من أهل المدينة ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال : كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد ، فخطبها عمّ ولدها ورجل آخر إلى أبيها ، فأنكح الأخر ، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت أنكحني أبي رجلا لا أريده ، وترك عمّ ولدي ، فيؤخذ مني ولدي فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها ، فقال : أنكحت فلانا فلانة ؟ قال : نعم قال : «أنت الذي لا نكاح لك ،اذهبي فانكحي عمّ ولدك » [3]

ووجه دلالة الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر أخذ الولد منها لما تزوجت بل أنكحها عمّ الولد لتبقى الحضانة ، وفيه دلالة على سقوط الحضانة بالنّكاح ، وبقائها إذا تزوجت بنسيب من الطفل .

---

[1] – مالك ، كتاب الوصية ، باب ماجاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد 2، مرجع سابق ، ص 776 .

[2] – ابن عبد البر، الاستذكار ، مرجع سابق ، ج7 ص 289 .

[3]– عبد الرزاق ، باب ما يكره عليه من النّكاح فلا يجوز ، مرجع سابق ، ج6 ص147 .

4-إنّ الزوجة قد تكون مشغولة بحق الزوج عن الحضانة فتهمله ، أو تنشغل بالمحضون عنه فيلحقه بذلك الجفاء والمذلة من زوج أمه مما يسبب لها حرجا شديدا ، وما دامت مشغولة هكذا فيكون غيرها أولى منها ، ويسقط حقها في حضانة الولد .

وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري لأنّ الزوجة مشغولة بخدمة زوجها فهي غير قادرة على أن تجمع بينهما ، إلا أن يكون الزوج محرما للصغير كعم مثلا لكمال شفقته .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/05/05 ما يلي : « متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية أنّه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما ، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج ، أمّا إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها ، لانشغالها عن المحضون ، فإنّه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة » .

لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ ،أو أسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة [1].

وجاء في قرار المحكمة بتاريخ 1988/06/20 ما يلي : « من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة ، وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة أم الأم ،و أنّ قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة ، ونسبوا قرارهم تسبيبا كافيا» .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار [2].

---

[1]- قراررقم 40438 بتاريخ 5-5-1986، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد2، ص75 .

[2]- قراررقم 50011 بتاريخ 20-6-1988، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور لمجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1991 ، العدد2، ص57 .

وذهب الحسن البصري إلى أن الحاضنة لا يسقط حقها بالنّكاح بحال وهو قول ابن حزم من الظاهرية واستدل على ذلك بما يلي :

1-قوله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ ﴾ النساء: 23 .

ووجه دلالة الآية أنّ الربيبة وهي بنت امرأة الرجل من غيره ، وتكون في حجر الزوج أي في بيته وتحت رعايته، والحال أنّه زوج أمّها ، ودل ذلك على أنّ المحضونة تكون مع أمها في بيت زوجها سواء أكان قريبا لها أو بعيدا عنها .

جاء في المحلى : ولا فرق في النظر و الحياطة بين الربيب زوج الأم ، والربيبة زوجة الأب بل في الأغلب الربيب أشفق ، وأقلّ ضررا من الربيبة ، وإنّما يراعى في كلّ ذلك الدين ثمّ صلاح الدنيا فقط [1] .

2-ما رواه البخاري عن أنس قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس له خادم ، فأخذ أبو طلحة بيدي ، وانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : «يا رسول الله إنّ أنسا غلام كيس فليخدمك قال : فخدمته في السفر والحضر[2] »

قال ابن حزم : هذا أنس في حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم [3].

وفيه دليل على أنّ زواج الأم لا يمنع حضانتها .

1- ابن حزم ، مرجع سابق ، ج 10 ص 325 .

2- البخاري ، كتاب الوصايا ، باب استخدام اليتيم في السفر والحضر، مرجع سابق ، ج3 ص1018 ، مسلم ، كتاب الفضائل ، باب كان النبي صلى الله عليه وسلم أحسن النّاس خلقا ، مرجع سابق ، ج4 ص1804 .

3- ابن حزم ، مرجع سابق ، ج 10 ص 325 .

3-وأمّا أنّ زوج الأم يبغض الصغير فليس مسلما ، لأنّ المحبة والكراهة خلق بشري لا تحددها قرابة ولا غيرها فقد يوجد قريب يكره المحضون ، ويسيء معاملته في حين يوجد أجنبي قد يشفق عليه ويحنو ولا سيما إذا كان ذا دين ومروءة فالمدار المعمول عليه الدين .

4-أما حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال : " أنت أحق به ما لم تنكحي" [1] فصحيفة، وحديث أبي سلمة بن عبد الرحمان فهو مرسل وفيه مجهول ومثل هذا لا يحتج به [2] .

وذهب الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه[3] إلى أنّ الطفل إن كان بنتا لم تسقط الحضانة بنكاح أمها ، وإن كان ذكرا سقطت .

واستدل على ذلك بما رواه أبو داود أنّ عليا و جعفرا وزيدا ابن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة فقال علي ابنة عمي وأنا أخذها ، وقال زيد بنت أخي لأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد وحمزة ، وقال جعفر بنت عمي وعندي خالتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الخالة أم وسلمها إلى جعفر " [4] .

ووجه دلالة الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها الحضانة وهي متزوجة .

وذهب ابن عابدين من الحنفية إلى أنّ الحاضنة لا يسقط حقها بالنكاح وإنما يرد ذلك للقاضي ليحكم بما فيه مصلحة الصغير .

جاء في حاشيته : " ينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد فإنّه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ،ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها ، أو ليأكل من نفقته ، أو نحو ذلك ، وقد يكون له زوجة

---

[1] - سبق تخريجه ص308 .

[2] – ابن حزم ، مرجع سابق ، ج 10 ص 325

[3] – ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق ، ج 8 ص 194 ، ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج 5 ص 406

[4] – أبوداود ، باب من أحق بالولد ، مرجع سابق ، ج2 ص283.قال الألباني صحيح .الالباني صحيح سنن أبي داود ، مرجع سابق ، ج2 ص33 .

تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي ، وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكنها معهم ، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئا من ذلك لا يحل له نزعه من أمه ، لأنّ مدار أمر الحضانة على نفع الولد "[1] .

والذي يترجح مذهب الجمهور من اشتراط الخلو من النكاح بالأجنبي للمرأة الحاضنة وذلك للأدلة التالية :

1-حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله عمرو بن العاص أنّ امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإنّ أباه طلقني ، فأراد أن ينزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم :" أنت أحق به ما لم تنكحي " [2] .

وهذا حديث صريح في سقوط النكاح بالتزويج وبه احتج الأئمة الأربعة.

وأمّا اعتبار ابن حزم الحديث صحيفة لا يحتج به ، فمردود للأسباب التالية :

أ- لأنّه وقع التصريح بأنّ الجد هو عبد الله بن عمرو ، فبطل قول من يقول : لعلّه محمد والد شعيب ، فيكون الحديث مرسلا ، وقد صح سماع شعيب من جده عبد الله بن عمرو فبطل قول من قال أنه منقطع .

ب-احتج به البخاري خارج صحيحه ، ونص على صحة حديثه ، وقال : كان عبد الله بن الزبير الحميدي ، وأحمد ، وإسحاق بن راهوية وعلي بن عبد الله (المديني) يحتج بحديثه ، فمن النّاس بعدهم .

ج-قال إسحاق بن راهوية : هو عندنا كأيوب عن نافع عن ابن عمر ، وحكي الحاكم في علوم الحديث له الاتفاق على صحة حديثه [3].

---

[1]- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص565.

[2] - سبق تخريجه ص308 .

[3]- ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج 05 ص 389 .

2-حديث أبي سلمة السابق وفيه دلالة على سقوط الحضانة بالنكاح ، وبقائها إذا كان الزوج محرما للصغير كالعم أو الجد .

وأمّا اعتراض ابن حزم على صحة الحديث لأنّه مرسل ، فضعيف لأنّ أبا سلمة من كبار التابعين وقد حكى القصة عن الأنصارية ، ولا ينكر لقائه لها فلا يتحقق الإرسال ، ولو تحقق فمرسل جيد له شواهد مرفوعة وموقوفا ، وليس الاعتماد عليه وحده ، وعنى بالمجهول الرجل الصالح الذي شهد له أبو الزبير بالصلاح ، ولا ريب أنّ هذه الشهادة لا تعرف به ، ولكن المجهول إذا عدّله الراوي الثقة ثبت عدالته[1] .

3-قضاء أبي بكر في قصة عمر بعاصم لأمه ما لم يشب عاصم ،أو تتزوج أمه ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ، و لم ينكر عليه أحد منهم ، فكان إجماعا فإن قيل في القصة انقطاع يوهن من الرواية ، قيل لكنّها مشهورة مروية من وجوه منقطعة ، ومنفصلة تلقاها أهل العلم بالقبول والعمل كما قال ابن عبد البر[2] .

بل ذكر عبد الرزاق في مصنفة القصة متصلة .

روى عبد الرزاق عن ابن جريح أنه أخبره عن عطاء الخرساني عن ابن عباس قال : طلّق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم ، فلقيها تحمله بمحسر ، وقد فطم، ومشى، فأخذه بيده لينتزعه منها، ونازعها إياه حتى أوجع الغلام ، وبكى وقال : أنا أحق بابني منك ، فاختصما إلى أبي بكر فقضي لها به ، وقال : ريحها وحجرها وفراشها خير له منك حتى يشب ويختار نفسه[3].

4-وأمّا استدلال ابن حزم بقوله تعالى ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم ﴾ النساء: 23 ، غير مُسَلم لأنّ هذا القيد غير مقصود بل خرج مخرج الغالب ، فالغالب

1 -ابن القيم ، زاد المعاد، مرجع سابق ، ج 5 ص 359 .

2 - ابن عبد البر، الاستذكار ، مرجع سابق ،ج 7 ص 285

3 - عبد الرزاق ، باب أي الأبوين أحق بالولد ، مرجع سابق ، ج7 ص154 . .

كون الربائب في الحجور ، فذكر القيد في الآية تأكيد للوصف ، لا شرط في الحكم ، إذ من المتفق عليه أنّ الربيبة تحرم على زوج أمّها إذا دخل بالأم وإن لم تكن في حجره [1].

قال ابن العربي [2] : وهي ( الربيبة ) محرمة بإجماع الأمة كانت في حجر الرجل، أو في حجر حاضنها غير أمها ، وتبين بهذا من قوله تعالى ( ٱلَّتِي فِي حُجُورِكُم ) تأكيد للوصف ، وليس بشرط في الحكم فيكون الاستدلال فيه نظر [3] .

5-وأمّا استدلال ابن حزم بحديث أنس فهو في غاية السقوط وإن كان الخبر في غاية الصحة كما قال ابن القيم [4] لأنّ لا أحد من أقارب أنس نازع أمه فيه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فهو خارج مجال الاستدلال .

6-وأما قضائه عليه الصلاة والسلام في ابنة حمزة لخالتها ، لا يستفاد منه بقاء الحضانة للمرأة المتزوجة ما دامت المحضونة بنتا ، كما ذهب إليه الإمام أحمد في إحدى الروايتين ، ذلك أنّ النبي صلى الله عليه وسلم حكم للخالة بالحضانة لا لكون المحضونة بنتا ، ولكنّ لكون زوجها جعفر من أهل الحضانة ولا يساويه في الاستحقاق إلا علي ، وقد ترجح جعفر بأنّ امرأته من أهل الحضانة فكان أولى ، وكل هذا متى كانت المرأة متزوجة برجل

1- الحسين بن الحسن الحيان ، منهج الاستدلال بالسنة في المذهب المالكي ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 2003 م ، ج 1 ص 199 – 200 .

2- ابن العربي الإمام العلامة الحافظ القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله ابن العربي الأندلسي الإشبيلي المالكي صاحب التصانيف سأله ابن بشكوال عن مولده فقال في سنة ثمان وستين وأربع مئة صنف وجمع وفي فنون العلم برع وكان فصيحا بليغا خطيبا صنف كتاب عارضة الأحوذي في شرح جامع أبي عيسى الترمذي وفسر القرآن المجيد فأتى بكل بديع وله كتاب كوكب الحديث والمسلسلات وكتاب الأصناف في الفقه وكتاب العالمين المسائل وكتاب نزهة الناظر وكتاب ستر العورة والمحصول في الأصول ، توفي ابن العربي بفاس في شهر ربيع الآخر سنة ثلاث وأربعين وخمس مئة . الذهبي ، مرجع سابق ، ج20 ص197-203

3- الحسن بن الحسين ، مرجع سابق ، ج 1 ص 199 – 200

4- ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج 5 ص 409

من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها لأنّه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد فأشبه الأم إذا كانت متزوجة .

ولهذا رجح ابن قدامة الرواية الأولى للإمام أحمد الموافقة للأئمة الثلاثة فقال : والرواية الأولى هي الصحيحة [1].

7-إنّ المرأة إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان والده أولى .

8-وأمّا ما ذهب إليه ابن عابدين من أنّ الحاضنة المتزوجة بأجنبي لا تسقط حضانتها ، وإنّما يردّ أمرها إلى القاضي للنظر بما فيه مصلحة الصغير ، فقد تعقبه الرافعي ، ونقل عن السندي ما يفيد عدم صحة ما ذهب إليه ابن عابدين لأنّ حضانة الأم تسقط إذا تزوجت بأجنبي .

يقول الرافعي [2] :"قال العلامة السندي[3] أفاد الحديث سقوط حضانتها بالتزويج فلا يلتفت إلى شفقة زوجها " [4]، ويعنى بالحديث الذي مر ذكره " أنت أحق به ما لم تنكحي " .

2-**أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون** : ذهب الحنفية والمالكية [1] إلى اشتراط كون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون كأمه ، وأخته ، وخالته ، وعمته ، وجدته

---

[1]- ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق ، ج 8 ص 194 .

[2]- عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني: فقيه، من كبار الشافعية، كان له مجلس بقزوين للتفسير والحديث، وتوفي فيها، نسبته إلى رافع بن خديج الصحابي، له " التدوين في ذكره أخبار قزوين – خ " و " الايجاز في أخطار الحجاز " وهو ما عرض له من " الخواطر " في سفره إلى الحج، و " المحرر – خ " فقه، و " فتح العزيز في شرح الوجيز للغزالي – ط " في الفقه، و " شرح مسند الشافعي " و " الامالي الشارحة لمفردات الفاتحة – خ " . الزركلي ، مرجع سابق ،ج4 ص55 .

[3]- السندي الشيخ الكبير مسند وقته أبو الفوارس أحمد بن محمد بن الحسين بن السندي المصري الصابوني قال ولدت في أول سنة خمس وأربعين ومئتين حدث عنه الخطيب ومحمد بن أحمد التميمي وأحمد بن محمد بن الحاج الاشبيلي وعبد الرحمن بن عمر النحاس ومحمد بن نظيف الفراء وآخرون . الذهبي ، مرجع سابق ، ج15-543

[4]- الصابوني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 228 .

ونحوهن فلا حضانة لبنات العم ، وبنات الخال ، وبنات العمة ، وبنات الخالة لأنّ مبنى الحضانة على الشفقة ، والرحم المحرم هي المختصة بالنفقة .

و لم يشترط الحنابلة والشافعية [2] ذلك فأجازوا لبنات الخال ، والعمة الحضانة لشفقتهن بالقرابة وهدايتهن إلى التربية بالأنوثة ، بل يتقدمن على العمات في وجه عند الشافعية .

ولذلك جاء في المهذب [3] : وإن عدم الأمهات والآباء ففيه ثلاثة أوجه :

**أحدها** : أنّ النساء أحق بالحضانة من العمات فتكون الأخوات ، والخالات ومن أدلى بهنّ من البنات أحق من الإخوة وبنيهم ، والأعمام وبنيهم لاختصاصهن بمعرفة الحضانة والتربية .

**الثاني** : أنّ العمات أحقّ من الأخوات ، والخالات ، والعمات ومن يدلي بهنّ لاختصاصهنّ بالنسب والقيام بتأديب الولد .

**والثالث** : أنّه إن كان العمات أقرب قدموا ، وإن كان النساء أقرب قدمن ، وإن استويا قدمت النساء لاختصاصهنّ بالتربية .

**3- أن تكون الحاضنة مرضعة للطفل** : اشترط الشافعية [4] أن تكون الحاضنة مرضعة للطفل إن كان المحضون رضيعا ، فإن لم يكن لها لبنن ، أو امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها ، وقيل لا يشترط ذلك وعلى الأب استئجار مرضعة ترضعه عند الحاضنة .

---

[1] - أحمد بن غنيم سالم النفراوي المالكي ، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيراواني ، دار الفكر ، بيروت ، 1415هـ ، ج 2 ص 62 ، الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص041 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 370 ، ابن رشد الجد، مرجع سابق ، ج 2 ص 259 .

[2] - الشربيني ، مغنى المحتاج مرجع سابق ، ج 3 ص 453 ، الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ،ج 2 ص 272 ، ابن إدريس ، الروض المربع ، مرجع سابق ، ص 478 – 479 .

[3] - الشيرازي ، المهذب، مرجع سابق ، ج 2 ص 272 .

[4] - الشربيني ، مغنى المحتاج، مرجع سابق ، ج 3 ص 455 – 456 – الشربيني ،الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ج 2 ص 492 .

**4-أن لا تكون مرتدة** : أن لا تكون مرتدة عند الحنفية [1]، فلو ارتدت بطل حقها في الحضانة لأنّ المرتدة تحبس ، وتجبر على الإسلام فيتضرر به الصبي ، ولو تابت وأسلمت عاد حقها لزوال المانع .

و لم يشترط الجمهور عدم الردة ، لأنّ المرأة عندهم إذا ارتدت حكمها القتل كالرجل إن لم ترجع إلى الإسلام بعد الاستتابة .

**5-أن لاتسكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها** : اشترط المالكية [2] أن لا تكون الحاضنة مع من سقطت حضانتها بتزويج ، أو غيره فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها (أم الطفل) إلا إذا انفردت بالسكن عنها ، وذلك للقاعدة التي تقول : كل أنثى ثبتت حضانتها أن تنفرد بالسكن عمن سقطت حضانتها [3].

**3- الشروط الخاصة بالرجال** يشترط فيمن يتولى الحضانة من الرجال الشروط التالية:

**1-أن يكون الحاضن محرما للمحضونة** : اشترط الفقهاء [4] في الحاضن للأنثى أن يكون محرما لها كأب ، وعم ، وزوج أمها وغير ذلك ، إذا كانت المحضونة في زمن الشهوة ،والإطاقة وقد حدده الحنابلة والحنفية [5] ببلوغها سبع سنين .

فلا حضانة لابن العم والعمة والخال والخالة حذرا من الخلوة المحرمة لأنّه يجوز لهم نكاحها فلا يؤتمن عليها ، ولو كان الحاضن مأمونا ذا أهل عند مالك [6].

---

[1]- الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص 42

[2] - الدردير ،الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 ، الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 527

[3] - الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 527 .

[4] - - الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص 43 ، الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج2 ص 529 ، الدردير ،الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 ، الشربيني ، مغنى المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 453 ، الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص272، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج8 ص196 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8 ص233 .

[5]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج8 ص196، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8 ص233 .

[6]-الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج2 ص529 ، الصاوي ، مرجع سابق ، ج1 ص529 .

وأجاز لهم الشافعية [1] الحضانة إذا كان عندهم من النساء كالبنات، والأخت، أو الزوجة فتكون معهم ، وأمّا الصغيرة التي لا تشتهى ، وهي دون السابعة لا يشترط في حاضنها المحرمية لمباشرة الحضانة اتفاقا [2].

2-**أن يكون عنده من يحضن من النساء** : اشترط المالكية في الحاضن أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء كأم ، وزوجة ، أوخالة ، أو عمة ، أو متبرعة ، أو بأجرة ، لأنّ الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كالنساء ، فإن لم يكن له ذلك فلا حق له في الحضانة .

3-**إقامة ولي المحضون وعدم السفر** : اشترط المالكية [3] في حضانة المرأة أن لا يسافر ولي المحضون فإذا سافر سفر نقله وانقطاع ، لا تجارة مسافة ستة برد فأكثر ، وكان الطريق آمنا انتزع منها الصغير ، إلا أن تسافر معه ، وكذا الحكم لو سافرت المرأة الحاضنة .

---

[1] – الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج3 ص454 .

[2] – الكساني،مرجع سابق ، ج 4 ص 43 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 371 ، الدردير، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 529 ،الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 ،الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 452 ، الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 272 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 196 – 197 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 273 .

[3] – الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج 2 ص 529 ، الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 .

## المطلب الثاني :مسقطات الحضانة ورجوعه

### الفرع الأول : مسقطات الحضانة

سبق في المبحث السابق الحديث عن شروط أهلية الحضانة العامة والخاصة ، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط ، أو وجد مانع من موانع الحضانة سقط حق الحضانة لمن فقد شرطها ، أو منعه مانع منها وانتقل الحق إلى من يليه ، كما إذا عجز الحاضن عن القيام بشؤون الصغير لكبر سن ، أو مرض منفر ، أو معدي ، أو تزوجت الحاضنة بأجنبي أو لم يبقى عند الحاضن من النساء من يحضن .

وسأقتصر في هذا المبحث على أهم المسقطات وهي كالتالي :

**1-زواج الحاضنة بأجنبي** : اتفق الأئمة الأربعة [1] على أنّ الحاضنة إذا تزوجت من أجنبي غير محرم للصغير فقد سقط حقها في الحضانة وهو مذهب المشرع الجزائري .

جاء في المادة 66 من قانون 84-11 : يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/05/05 «متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية أنّه يشترط في المرأة الحاضنة ، ولو كانت أما فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج ، وأمّا إن كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنّه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة » .

لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة [1] .

---

[1] – الكساني ، مرجع سابق ، ج4 ص42 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج4 ص367 ، الدردير، الشرح الكبير مرجع سابق ، ج2 ص29 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج2 ص492 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص555 ،الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج1 ص529 ، ابن قدامة ، المغني، مرجع سابق ، ج8 ص194 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8 ص234 .

قال ابن المنذر [2] أجمع على هذا كل من أحفظ من أهل العام ، وبه قضى شريح وذلك لما رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي " [3].

ووجه دلالة الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم حكم لها بالحضانة ما لم تتزوج ، فإذا تزوجت سقط حقها ،ولكنهم اختلفوا في المراد من قوله عليه الصلاة والسلام : «ما لم تنكحي» هل المراد به مجرد العقد ، أو العقد مع الدخول ؟

فذهب الجمهور [4] إلى أنّه بمجرد العقد تزول حضانتها ، لأنّه بالعقد يملك منافع الاستمتاع بها ، ويملك منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها ، وهو اختيار ابن القيم حيث قال: والحديث يحتمل الأمرين وللأشبه سقوط حضانتها بالعقد لأنّها صارت في مظنة الاشتغال عن الولد ، والتهيؤ للدخول ، و أخذها حينئذ في أسبابه [5] .

وذهب المالكية [6] إلى أنّ حضانتها لا تسقط الا بالدخول لأنّها به تنشغل عن محضونها لحق الزوج واستثوا من ذلك حالات:

أ-أن لا يقبل المحضون غير الحاضنة سواء أكانت أما أم لا ، فلا تسقط حضانتها للضرورة.

---

[1]- قرار رقم 40438 بتاريخ 5-5-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1989، العدد 2 ، ص75 .

[2] – ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 194 .

[3]- سبق تخريجه ص308.

[4] – الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص42 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 368 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص455 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 492 ،ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 194

[5]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج5ص406 .

[6] – الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج2 ص529 -530 ، الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج1 ص 529-530

ب-أن يقبل الرضيع غير أمه ، وأبت أن ترضعه عند من انتقلت إليها الحاضنة بأن قالت لا أرضعه عندك بل في بيتي ، أو بيت أمه التي تزوجت من أجنبي فلا ، فلا تسقط حضانة الأم المتزوجة .

ج- أن لا يكون للولد حاضن غير المتزوجة .

د-أن يكون الحاضن الذي يليها غير مأمون في دينه ، أو عاجزا عن القيام بالحضانة .

ه- سكوت من يليها في المرتبة بلا عذر ، وليس لمن يليها أخذ المحضون منها .

2-**امتناع الحاضنة عن الحضانة** : يسقط حق الحاضنة بامتناعها عن ممارستها أو بإسقاط لحقها بناء على أنّ الحضانة حق للحاضن وليست واجبا ، ومن ملك شيئا جاز له أن يتنازل عنه لغيره ، ما لم يؤدي ذلك إلى الإضرار بالمحضون ، فإذ أضر بالمحضون كأن لم يوجد غيرها تعينت في حقها ، ولم يجز لها التنازل أو الإمتناع عنها .

ولكن هذا الإسقاط لا يصح إلا بعد الاستحقاق كإسقاط الجدة حقها بعد طلاق ابنتها ، لأنّه إسقاط الشيء بعد وجوبه .

وينتقل الحقّ لمن يليه في المرتبة لا للمسقط له ، وهو قول الحنابلة [1] في أظهر الوجهين ، والوجه الثاني تنتقل الحضانة بعد الأم للأب ، لأنّ أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق ، فإذا أسقطت حقها سقط فرعها .

وهوما ذهب إليه المشرع الجزائري وأيده القضاء جاء في المادة 66 من قانون 84-11: يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون .

تؤكد المادة على سقوط حق الحاضنة بالتنازل ما لم يضر بالمحضون ، كأن يقبل غيرها الحضانة وتكون له القدرة على ذلك بناء على أنّ الحضانة في التشريع حق مشترك بين الحاضن والمحضون.

---

[1]- ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص233 .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/07/03 : من المقرر قانونا أنّه يسقط حق الحضانة بالزواج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .

ولما كان ثابتا من قضية الحال أنّ قضاة المجلس لما قضوا بتأيد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها ، وإسنادها لأبيها رغم أنّ الشهادات الطبية تثبت أنّ البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية أم أكثر من رعاية الأب ، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1] .

وجاء في قرار بتاريخ 1988/12/19 : من المقرر شرعا وقانونا أنّ تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها ، وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإنّ تنازلها لا يكون مقبولا ، وتعامل معاملة نقيض قصدها ، ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة [2].

وجاء في قرار بتاريخ 1998/04/02 : من المقرر قانونا لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ، ومن ثمّ فإنّ القضاء لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [3] .

---

[1]- قرار رقم 54353 بتاريخ 3-7-1989 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1992، العدد 1 ، ص45 .

[2]- قرار رقم 515894 بتاريخ 19-12-1988، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1990، العدد 4 ، ص70 .

[3]- قرار رقم 189234 بتاريخ 2-4-1998 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 2001، العدد خاص ، ص175 .

فهذه القرارات تبين أنّ تنازل الأم عن حضانتها يشترط فيه وجود حاضن أخر له القدرة على الحضانة يقبل إيواء المحضون، ورعايته ، فإن لم يوجد تلزم الأم ، ولا يقبل تنازلها لأنّه يضر بالمحضون .

3-**سفر الولي** : ذهب المالكية [1] إلى أنّ سفر الولي مسقط للحضانة لأنّ له أخذه ، ولو كان المحضون رضيعا إذا قبل غير أمه بالشروط التالية :

أ-أن يكون السفر سفر نقلة وانقطاع ، لا سفر تجارة ، أو زيارة ونحوها فلا يأخذه بل يبقى عندها .

ب-أن تكون المسافة ستة برد فأكثر ، وهي مسافة القصر في الصلاة ، فإن كانت أقل فلا يحق له أخذه .

ج-أن يكون الطريق آمنا على نفسه وماله ، والمحضون ، ولو كان طريق بحر ، لأنّ المدار على الأمن .

د-أن لا تسافر الحاضنة معه فإذا سافرت ، وانتقلت معه بقيت حضانتها .

4-**سكوت مستحقيها عن طلبها سنة كاملة** : ذهب المالكية [2] إلى أنّ سكوت من انتقل إليه حق الحضانة بزواج الحاضنة من أجنبي دخل بها عن المطالبة بها سنة كاملة مسقط لحضانته ، وبقيت لزوجة المدخول بها ، وكذلك الحاضنة إذا سكتت عاما بعد انتقالها إليها مع علمها بذلك.

فإذا لم يعلم بالدخول ، أو علم و لم يمضي على علمه سنة ، أو كان سكوته لعذر يمنعه من التكلم ومنه جهله باستحقاق الحضانة بدخول الزوج لها ، فله أخذ المحضون من الأم المدخول بها ما لم تتأيم قبل القيام عليها ، وهو ما أقره القضاء والتشريع الجزائري .

---

1 – الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 531-532 ، الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 530

2 – الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج 2 ص 530 ،الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج 1 ص 529 .

جاء في 68 من قانون 84-11 : إذا لم يطاب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09 : من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أنّ الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق خلال سنة ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية ، ولما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب صدر في 1975/05/20 وأنّ الجدّة للأم لم تحرك ساكنا إلا في شهر ديسمبر 1980 حيث طلبت ممارسة الحضانة ، فإنّ قضاة الاستئناف بقضائهم بإسقاط حضانة الأبناء عن الأب ، وبإسنادها للجدة للأم ، أخطئوا في قرارهم هذا وخالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

فإذا لم تمضي السنة جاز لها المطالبة بها .

وجاء في قرار بتاريخ 1990/02/05 : من المقرر قانونا أنّ الحضانة إذ لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة دون عذر سقط حقه فيها ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ السنة لم تمضي بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم ، وهي لا زالت متمسكة بها ، فإنّ قضاة المجلس بحرمانهم الأمّ من حق الحضانة ، واستنادها للجدّة من الأب يكونون قد خالفوا القانون .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [2].

وزاد القانون على ذلك :

---

[1]- قرار رقم 32829 بتاريخ 9-7-1984 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1990 ، العدد1 ، ص60 .

[2]- قرار رقم 58220 بتاريخ 5-2-1990 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1993، العدد3 ، ص53 .

**5- الإخلال بشروطها المنصوص عليها** : إذا أخلّ الحاضن بشروطها المنصوص عليها في المادة 62 وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه ، والسهر على حمايته ، وحفظه صحة وخلقا.

بأن كان غير مستقيم ، أو أمين يخشى منه على سلوك المحضون سقطت حضانته .

جاء في المادة 67 من قانون 05-02 : تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/01/09 : متى كان من المقرر شرعا أنّ سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا .

وللحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهم لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها ، وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغيم زوجها على طلاقها[1] .

وجاء في قرار بتاريخ 1997/09/30 : من المقرر شرعا وقانونا أنّ جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون .

ومتى تبين في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا ،فإنّهم بقضائهم كما فعلو خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق.أ .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة [2].

---

[1]- قرار رقم 31997 بتاريخ 9-1-1984 بتاريخ 5-5-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد1 ، ص73 .

[2]- قرار رقم 171684 بتاريخ 30-9-1997 بتاريخ 5-5-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد الخاص ، ص169 .

**6-إقامة الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم** : إذا سكنت الحاضنة مع من سقطت حضانتها بزواجها بغير قريب محرم مثلا فقد سقطت حضانتها ، فلا حضانة للجدّة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة من غير قريب محرم ، بل لا بد أن تنفرد بالسكن عنها .

جاء في المادة 70 من قانون 84-11: تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب المحرم .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/06/20 ما يلي : من المقرر شرعا أنّه يشترط في الجدّة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة ، وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ، ومن ثمّ فإنّ النعي عن القرار المطعون فيه بالقصور تسبيب غير مؤسس

ولّما كان من الثابت في قضية الحال أنّ شروط الحضانة لا تتوفر في الجدّة أم الأم وأنّ قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة ، وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1]

**7-سقوطها بقوة القانون** : تسقط الحضانة بقوة القانون ببلوغ الصبي عشر سنوات والأنثى ببلوغها سنّ الزواج وهو تسع عشرة سنة كما جاء في المادة 07 .

جاء في المادة 65 من قانون 84-11: تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانيا على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون .

---

[1]- قرار رقم 50011 بتاريخ 20-6-1988 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1991، العدد2 ، ص57 .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 1990/03/19 : من المقرر قانونا أنّه تنقضي مدّة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

و لم يعتبر القانون خروج المرأة للعمل مسقطا للحضانة كما جاء في المادة 67ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنّه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون [1].

وجاء في قرار بتاريخ : 2000/07/10 : من المستقر عليه قضاء أنّ عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس بقضائه بإلغاء الحكم المستأنف ، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون .

وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه[2] .

فعمل المرأة لا يسقط حقها في الحضانة إذ لم تخل بواجبها ، فإن أخلت بواجباتها فأهملت الصغير وضيعته لانشغالها بالعمل عنه سقط حقها في الحضانة قانونا ، لأنّ مبنى الحضانة الرعاية والعناية بالمحضون كما جاء في المادة 62 : الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه

---

[1]- قرار رقم 59156 بتاريخ 19-3-1990 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1991، العدد2 ، ص76 .

[2]- قرار رقم 245156 بتاريخ 10-7-2000 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 2001، العدد الخاص ، ص188 .

والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحتا وخلقا ، ولأنّ من الحضانة كذلك القدرة على القيام بشؤون المحضون كما جاء في المادة 62 الفقرة الثانية فإذ وقع إخلال بهذه العناية والرعاية سقط الحق فيه كما في المادة 67 الفقرة الأولى : تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62.

وكما جاء في المادة 62 من قانون 84-11 الفقرة الثانية : ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك .

فمن لم تستطع التفرغ للقيام بشؤون صغيرها كانت غير مؤهلة للحضانة .

وكذلك سفر الحاضنة لا يعد مسقطا لحضانتها ، وإنّما يرجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك .

جاء في المادة 69 من قانون 84-11 : إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له ، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون .

ولكن يغلب على القاضي أن يحكم بالحضانة للمقيم من الأبوين رعاية لدين الصغير ، كما جاء في كثير من قرارات المحكمة العليا منها .

قرار رقم بتاريخ 1993/06/29 : من المقرر قانونا أنّه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له ، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون .

ولما ثبت من قضية الحال أنّ قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسنادهم الحضانة للأم قد اشترطوا تلقائيا ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا ، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ، ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط ، وما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإنّ قرارهم استوجب النقض الجزئي .

فإذا سكنت الحاضنة بلد ولي المحضون بقيت حضانته[1] .

وقرار بتاريخ 1989/01/02 : من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنّه وفي الجزائر وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة ، وتخاصما على الأولاد في الجزائر ، فإنّ من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ، ومن المقرر قانونا أنّ الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم ، وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها ، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه .

لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذان أسندا حضانة البنتين إلى أمهما ، فإنّ قضاة الاستئناف بتأيدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي على وضع الصيغة التنفيذية للحكم ، والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ، ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما ، فضلا عن أنّ الأب له الحق للرقابة ، وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق ، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [2] .

فإذا كان الأبوان يقيمان بالبلد الأجنبي فإنّه تنطبق عليه القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة من تقديم الأم على الأب في هذه الحالة وهذا ما أكده هذا القرار للمحكمة العليا.

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25 : متى كان من المقرر شرعا وقانونا أنّ الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن سواء كان أما أم أبا ، فإن سكن الوالدان معا

---

[1]- قرار رقم 91671 بتاريخ 29-6-1993 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1994، العدد 1 ، ص72 .

[2]- قرار رقم 52207 بتاريخ 2-1-1989 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1990، العدد 4 ، ص74 .

في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة ، ومن ثمّ فإنّ النعي عن القرار المطعون فيه في مخالفة القانون غير سديد .

ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ القضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا .

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1] .

[1]- قرار رقم 56597 بتاريخ 25-12-1989 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1991، العدد 3 ، ص61 .

## الفرع الثاني : عود الحضانة ورجوعها

إذا سقطت الحضانة لتخلف شرط من الشروط السالفة الذكر ، ثمّ زالت الموانع ، فعقل المجنون ، وعدل الفاسق ، وأسلم الكافر وبلغ الصغير فهل يعود حقهم في ممارسة الحضانة أم لا ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين .

**الفريق الأول** : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة [1] إلى أنّ حقهم يعود في ممارسة الحضانة إذا زالت الموانع ، لأنّ سببها قائم ، وإنّما امتنعت لمانع ، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب الأول الملازم كالزوجة إذا طلقت .

قال ابن عابدين :أفتى أبو السعود في مسألة رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه ، وأسقطت حقها من الحضانة ، وحكم بذلك حاكم أن لها الرجوع بأخذ الولد لأنّ أقوى الحقين في الحضانة للصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حقه أبدا [2].

**الفريق الثاني** : ذهب المالكية[3] إلى أنّ الحاضنة إذا أسقطت حقها في الحضانة من غير عذر كما لو تزوجت بعد أن انتقلت الحضانة إليها ، أو أسقطت حقها منها بعد استحقاقها ، أو سكتت عاما فأكثر عن المطالبة بها فإنّ الحضانة لا تعود لها في ذلك كله ، ولو زال المانع بطلاق ، أو موت أو فسخ على المشهور ، وقيل تعود بنا على أنّها حق للمحضون

وأمّا إن كان إسقاطها لعذر ، أو مانع خارج عن إرادتها كالمرض ، أو خوف المكان ، أو سفر ولي المحضون ، وزال العذر ، أو المانع عادت إليها الحضانة .

---

[1]- ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 235 ، ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق ، ج 8 ص 198 ، الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 269 ، الشربيني ، الإقناع للشربين ، مرجع سابق ، ج 2ص 492 ، الشربيني ، مغنى المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 456 ، الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص 42 .

[2] – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 556 ،

[3] – الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج 2 ص 532 ،الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 532 .

وسبب الخلاف بين الفريقين كما قال ابن القيم [1] اختلافهم في فهم قوله صلى الله عليه وسلم ( أنت أحق ما لم تنكحي) [2] هذا اللفظ في (ما لم تنكحي) للتعليل أم للتوقيت ؟ فإن قيل اللفظ للتعليل عادت الحضانة بالطلاق ، لأنّ الحكم إذا ثبت لعلة زال بزوالها ، وعلة سقوط الحضانة التزويج فإن طلقت زالت العلة ، فزال حكمها ، وهذا قول الأكثرية منهم الشافعي وأحمد وأبو حنيفة .

وقال مالك في المشهور اللفظ للتوقيت أي حقها من الحضانة مؤقت إلى حين نكاحها ، فإذا نكحت انقضى وقت الحضانة ، فلا تعود بعد انقضائها ، كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل واستغنائه عنه ويقاس على حكم النكاح الحالات الأخرى .

ولقد سلك قانون الأسرة طريق المالكية في هذه المسألة من التفريق بين حالتين :

**الحالة الأولى : الإسقاط لعذر** : فإن كان هذا الإسقاط لعذر عاد حقها في الحضانة من جديد جاء في المادة 71 من قانون 84-11: يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري .

فالقانون يعتبر أنّ زواج الحاضنة من الأعذار التي تجيز لها المطالبة بالحضانة بعد زواله .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 : إنّ القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ، ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير محرم رغم أنّ لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبيب[3].

**الحالة الثانية : الإسقاط لغير عذر** : إذا أسقطت الحضانة حقها لغير عذر لم يعد لها الحق في المطالبة بها بعد ذلك ولو زالت الموانع .

[1]- ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج 5 ص 404-405 .

[2]- سبق تخريجه ص308 .

[3]- قرار رقم 252308 بتاريخ 21-11-2000، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد 2، ص284 .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/03/27 : من المقرر فقها وقانونا أنّ المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ، ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية .

ولّما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الطاعنة تنازلت عن حقها باختيارها دون أن ترغم على ذلك ، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ، ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عند تنازلها عن حقها في الحضانة ، وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها ،فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة [1].

ويستثني الاجتهاد القضائي من هذا الحكم العام حالات تتعلق بمصلحة المحضون ، فيحكم بإعادة إسنادها إليها من جديد .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 20 / 1999/4

من المستقر عليه أنّ مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنّها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم .

ومتى تبين في قضية الحال أنّ تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و 67 من ق.أ .

وأنّ قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون .

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه[2] .

---

[1]- قرار رقم 53340 بتاريخ 27-3-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1990 ، العدد 3، ص85 .

[2]- قرار رقم 220470 بتاريخ 20-4-1999، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد الخاص، ص181 .

وجاء في قرار بتاريخ 2000/02/22 : إنّ تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائيا ، لأنّ حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة [1].

والذي يترجح في هذه المسألة مذهب المالكية من اعتبار العذر حالة إسقاط الحضانة لإعادة إسنادها من جديد للقاعدة الفقهية : إذا زال المانع عاد الممنوع .

لأنّ مبنى الحضانة مصلحة المحضون، ومصلحته في الاستقرار في مكان الحضانة، وأمّا الانتقال به من مكان إلى آخر بناء على تنازل الأم ، أو غيرها والمطالبة من جديد به، فإنّه يؤدي إلى الاختلال في نفسية الصغير إلا إذا تعلقت مصلحة المحضون بذلك، كأن يكون مريضا مثلا وهو في حاجة إلى رعاية أمه، فلا مانع حينئذ من الحكم بإعادة إسنادها لها.

وعلى القول بعود حق الحضانة بالطلاق، فهل يعود بعد طلاقها مباشرة، أم يشترط انقضاء العدة ؟ اختلف الفقهاء على قولين:

**القول الأول:** ذهب إليه الحنفية والمزني من الشافعبة وإحدى الروايات عن أحمد [2] إلى أنّ حق الحضانة يعود للحاضنة في حالة طلاقها إذا كان بائنا، وأمّا الطلاق الرجعي فلا تعود به الحضانة إلا بعد أن تنقضي العدة، لأنّ الرجعية في حكم الزوجة يلحقها طلاقه ، وظهاره ، وايلائه، ويحرم أن ينكح عليها أختها، أو عمتها، أو خالتها ويثبت بينهما التوارث والنفقة فهي زوجة في عامة الأحكام.

---

[1]- قرار رقم 235456 بتاريخ 22-2-2000، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد 1، ص280 .

[2]- ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8 ص235 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج8 ص198 ، الكساني ، مرجع سابق ، ج4 ص42، ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج5 ص405 .

**القول الثاني:** وذهب إليه الشافعية وبعض الحنابلة [1]، ورجحه ابن قدامة [2] إلى أنّ الحق في الحضانة يعود للحاضنة بمجرد الطلاق البائن ، أو الرجعي دون انتظار إلى انقضاء العدّة ، لأنّ علّة سقوط الحضانة عن الحاضنة هو الزواج وقد زال بالطلاق.

فعاد حقها في الحضانة كالبائن، ولأنّ المطلقة رجعيا تعتبر مطلقة لأنّها معزولة عن مطلقها في فراشها، و لم يبقى لها عليه قسم ، وليست مشغولة بحوائجه.

والذي يترجح في هذه المسألة مذهب الحنفية ومن وافقهم من اعتبار البينونة لإعادة إسناد الحضانة من جديد ، لأنّ البينونة هي التي تقطع الرابطة الزوجية في الحال بخلاف الرجعية، فهي في معنى الزوجة.

[1] –ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8 ص235 ،ابن قدامة ،المغنى ، مرجع سابق ، ج8 ص198 ،الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج2 ص492

[2] - ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج8 ص198 ،الشربيني ، مغنى المحتاج ، مرجع سابق ، 3 ص456، ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج5 ص405

## المطلب الثالث :ترتيب درجات مستحقي الحضانة

اتفق الفقهاء [1] على أنّ أحق النّاس بحضانة الصغير أمه سواء أكانت زوجيتها قائمة أي زوجة لأب الطفل ، أم كانت مطلقة منه مادامت شروط أهلية الحضانة متوفرة لديها ، و إلا انتقلت إلى من يليها بالحضانة.

**قال ابن رشد** : الحضانة مرتبة بحسب الحنان ، و الرفق لا يراعى في ذلك قوة الولاية كالنكاح، فقد يحضن من لا يرث كالوصي ، و الخالة ، و بنت الأخ ، و بنت الأخت ، و قد يرث من لا يحضن مثل الزوج أعني زوج المحضونة ، فالمقدم منهم في الحضانة أن يعلموا بمستقر العادة أنّه أشفق على المحضون ، و أرأف به و أقوى لمنافعه ، و هي الأم لا اختلاف بين أحد من أهل العلم أنّ الأم أحق بالحضانة من الأب ، و سائر الأولياء من الرجال و النساء[2] .

**و قال ابن القيم** : الولاية على الطفل نوعان : نوع يقدم فيه الأب على الأم ، و من في جهتها و هي ولاية المال و النكاح ،و نوع تقدم فيه الأم على الأب و هي ولاية الحضانة ، و الرضاع و قدّم كلّ من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد ، و توقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه ، و تحصل به كفايته ، ولّما كان النّساء أعرف بالتربية ، و أقدر عليها ، و أصبر و أرأف و أفرغ لها لذلك قدمت الأم على الأب .

---

[1] –الكساني ، مرجع سابق ، 42 ص 41 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 369 ،الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 526 ، الدردير ،الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 527 ، الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 270 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 452، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 230، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 195 .

[2] – ابن رشد الجد ، مرجع سابق ، ج2 ص 259

و لمّا كان الرجال أقوم بتحصيل مصلحة الولد ، و الاحتياط له في البضع قدم الأب فيها على الأم فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة ، و الاحتياط للأطفال ، و النظر لهم ، و تقديم الأب في ولاية المال و التزويج كذلك[1] ، و دليلهم في هذا ما يلي :

**ما رواه أبو داوود** عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، و ثديي له سقاء ، و حجري له حواء ، و إنّ أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني فقال النبي صلى الله عليه و سلم : " أنت أحق ما لم تنكحي" [2] .

**ما رواه مالك** : عن يحي بن سعيد أنّه قال سمعت القاسم بن محمد يقول : كانت عند عمر بن الخطّاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر ثمّ فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني ، و قالت المرأة ابني ، فقال أبو بكر : خلّ بينها و بينه قال فما راجعه عمر الكلام قال : و سمعت مالكا يقول : و هذا الأمر الذي أخذ به في ذلك [3] .

**قال ابن عبد البر:** هذا خبر منقطع في هذه الرواية ، و لكنّه مشهور مروي من وجوه منقطعة و متصلة ، تلقاه أهل العلم بالقبول ، و العمل [4] ، و كما تقدمت الأم على الأب فتقدم جهتها على جهة الأب .

**قال ابن رشد** : وكما تكون الأم أحق من الأب فإنّ قراباتها أحقّ من قرابات الأب لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك [5] ، و هذا قول جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في رواية ، و إن اختلفوا في ترتيب بعض درجات مستحقي الحضانة .

[1] –ابن القيم ، زاد المعاد، مرجع سابق ، ج5 ص 392 .

[2] – سبق تخريجه ص308 .

[3] - سبق تخريجه ص332 .

[4] - ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سابق ،ج7 ص289 .

[5] - ابن رشد الجد ، مرجع سابق ، ج2 ص 259 .

فمذهب الحنفية ترتيبهم كالتالي :

**1-الأم**

**2-أم الأم** مهما علت لأنّ الجدة لأم أقرب للأم ، و ربما كانت أكثر شفقة مما يليها كأم الأب ، و إذا تقدمت الأم على الأب فبالقياس تقدم أمها على أمه.

**3-أمّ الأب** مهما علت إذا لم تكن الأم ، أو أمها ، أو لم تتوفر فيهما شروط الحضانة فتنتقل إليها

**4-الأخوات الشقيقات للمحضون** : و قدم عليهنّ الجدات لأنّ قرابة الجدّة بطريق الولادة فكانت أقوى من كل قرابة .

**5-الأخوات لأم** : و يقدمن على الأخوات لأب لصلتهن بالأم .

**6-الأخوات لأب** : و الأخوات الشقيقات ، أو لأم ، أو لأب يقدمن على الخالات ، و العمات لأنهنّ بنات الأخوين ، و أولئك بنات الأجداد .

و في رواية عن أبي حنيفة أنّ الخالة أولى من الأخت لأب و هو قول زفر و محمد [1] لقول النبي صلى الله عليه و سلم في قصة بنت حمزة " الخالة والدة " فقد سمى النبي صلى الله عليه و سلم الخالة بالوالدة فكانت أولى ، و قد قيل في قوله تعالى : ﴿ وَرَفَعَ أَبَوَيۡهِ عَلَى ٱلۡعَرۡشِ ﴾ يوسف: 100 ، إنّما كانت خالة يوسف ، و الخالة تدلى الى الصغير بالأم بينما تدلي الأخت لأب بالأب ، فكانت الخالة أولى باعتبار المدلى به، و على الرواية الأولى و هي قول أبي يوسف [2] أنّ الأخت لأب بنت الأب ،و الخالة بنت الجدة فكانت أولى .

**7-بنت الأخت ش**

**8-بنت الأخت لأم و بنات الأخوات ش** أو لأم يقدمن على الخالات

**9-الخالات شقيقات ثم لأم ثم لأب**

---

[1]-الكساني ، مرجع سابق ، ج4 ص41 .

[2]- الكساني ، مرجع سابق ، ج4 ص 42 .

10- **بنت الأخت لأب**

11- **العمات** فتقدم الشقيقة ثم لأم ثم لأب

12- **خالة الأم**

13- **خالة الأب**

14- **عمات الأم**

**15- عمات الأب**

و تقديم الشقيقة في كلّ منهنّ ثمّ التي لأم ثمّ التي لأب ، و أمّا بنات العم ،و الخال و العمة و الخالة فلا حق لهنّ في الحضانة لعدم الرحم المحرم.

فإذا لم توجد إحدى الحاضنات وفق الترتيب السابق ، أو وجدت و لكن لم تكن أهلا للحضانة ، انتقلت الحضانة للعصبات الذكور المحارم على الترتيب في الميراث ، و كذلك تنتقل الحضانة إلى العصبات المحارم إذا انتهت فترة الحضانة المخصصة شرعا لبقاء الطفل لدى محارمه من النساء.

و ترتيب هؤلاء كما يلي :

1- **الأب**

2- **الجد أبو الأب** و إن علا

3-**الأخ الشقيق**

4- **الأخ من الأب**

5- **ابن الأخ ش**

6- **ابن الأخ لأب**

7- **العم الشقيق**

8- **العم لأب**

9- **العم لأب الشقيق**

**10- عم الأب لأب**

**11-ابن العم ش**

**12- ابن العم لأب**

و يدفع إلى أبناء العم أشقاء ، أولأب إذا كان المحضون غلاما ، وأمّا البنت فلا تسلم إليهم لأنّهم ليسوا بمحارم منها فلا يؤتمن عليها ، و إذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة واحدة كإخوة و أعمام فأصلحهم فإن تساووا فأسنّهم ، فإن لم يوجد أحد من العصابات الرجال المحارم ، أو وجد و ليس أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى ذي الرحم المحرم من الرجال .

و ذووا الأرحام في الحضانة أخص من ذوي الأرحام في الميراث لأنّ المراد بذوي الأرحام كل قريب ذي رحم من المحضون غير عصبة[1] .

**2- ترتيب مستحقي الحضانة عند المالكية :**

**1-الأم**

2-**أمها** : بأن لم توجد الأم أو ماتت و هي جدة الولد .

3-**جدهّا** : جدة الأم و إن علت .

4-**خالتها** وهي أخت أمه وروى ابن وهب عن مالك أنّ الأب أحق من الخالة ، و المشهور الأول[2] .

5-**خالتها** : خالة أمه

6-**عمتها** : عمة أمه

**7-أم الأب**

---

[1] - الصابوني ، مرجع سابق ، ج2 ص 221 .

[2] - ابن رشد الجد، مرجع سابق ، ج2 ص259 ، 260 .

وقيل الأب أحق من جميع قراباته حتى أمه لأنهنّ يدلين به ، فهو أحق منهنّ ، و قيل إنهنّ أحق منه و إن كن يدلين به لأنّه لا يحضن ويستنيب في الحضانة غيره من النساء ، فقراباته أحق و حكى هذين القولين عبد الوهاب ، و جعل في المدونة بعض أقربائه أحق منه ، و هو أحق من بعض فجعل الجدات من قلبه أحق منه ، و جعل هو أحق من سائر قراباته[1] .

**8-أم الأب**

**9-الأب**

**10-أخته**

**11-عمته**

**12-عمة أبيه**

**13-خالة أبيه**

**14-بنت أخيه**

**15-بنت أخته**

**16-الوصي** : و يراد به ما يشمل مقدم القاضي و وصي الوصي ، و إذا كان المحضون ذكرا أو كان أنثى غير مطيقة فإن الحضانة تثبت لوصيه اتفاقا ، و إن كان له أنثى ، و كذا إن كان المحضون أنثى مطيقة ، و كان الحاضن أنثى ، أو ذكرا تزوج بأم المحضون، و دخل بها بحيث صارت المحضونة من محارمه ، و إلا فلا حضانة له على ما رجحه الشيخ خليل في التوضيح ، و رجح ابن عرفه أنّ له الحضانة من غير قيد و هو الظاهر[2] .

**17-الأخ** شقيقا لأم أو لأب

**18-الجد** لأب ( الأقرب فالأقرب )

---

1- ابن رشد ، مرجع سابق ، ج2 ص259، 260 .

2 - الصاوي ، مرجع سابق ، ج1 ص527 ، الدسوقي، مرجع سابق ، ج2 ص528 .

19-ابن الأخ المحضون

20-**العم** ثمّ لابنه .

ولا حضانة للجد لأم ولا للخال ، و قال اللخمي : الجدّ لأم له الحضانة لأنّ له شفقة و حنانا[1] و قدّم في الحضانة الشخص الشقيق ذكرا ، أو أنثى على الذي لأم فالذي لأم على الذي لأب ، لأنّ الشأن أنّ من كان من جهة الأم أشفق مما كان من جهة الأب .

و تقدم في المتساويين كأختين ، و خالتين ، و عمتين بالصيانة و الشفقة ، فإن تساويا فالأسن.

**3- ترتيب مستحقي الحضانة عند الشافعية** : مستحق الحضانة ثلاث أقسام إمّا إناث فقط ، و إمّا ذكور فقط ، و إمّا الفريقان .

**القسم الأول** : أولى الإناث عند اجتماعهنّ و تنازعهنّ :

1-**الأم** : للحديث السابق

2-**أم الأم** و إن علت تقدم الأقرب فالأقرب لمشاركتهن الأم في الإرث و الولادة.

3-**أم الأب** و تقدم أم الأب في الجديد على الخالة ، و هو الصحيح لأنّها جدّة وارثة و في القديم تقدم الخالة عليها لما روى البراء بن عازب رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه و سلم قضى في بنت حمزة لخالتها ،

و قال : الخالة بمنزلة الأم ، لأنّ الخالة تدلى بالأم ، وأم لأب تدلي بالأب و الأم تقدم على الأب فتقدم من يدلي به [2] .

4-**الأخوات** : لأنهن اجتمعن معه في الصلب و البطن و شاركنه في النسب فهن عليه أشفق ، و تقدم الأخت من الأبوين على الأخت من أحدهما و في القديم تقدم عليهن الخالات .

---

[1] - الدردير ، الشرح الصغير، مرجع سابق ، ج1 ص527 ، الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج2 ص528 .

[2] - الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص270، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج3 ص452 .

5-**الخالات** لأنّ الخالة بمنزلة الأم .

6-**العمات**

**القسم الثاني** : إذا اجتمع الرجال من أهل الحضانة ، و ليس معهم نساء قدم الأب لأنّ له ولادة و فضل شفقة ، ثمّ تنتقل إلى أبائه الأقرب فالأقرب ، فإن عدم الأجداد انتقلت إلى العصبات الى الأخ لأبوين ، أو لأب ، أو العم لقوة قرابتهم بالمحرمية ، و الإرث ، و الولاية على ترتيب الإرث .

وأمّا ابن العم فلا تسلم إليه مشتهاة حذرا من الخلوة المحرمة ، بل تسلم إلى ثقة يعيّنها ، ولو بأجرة من ماله ، لأنّ الحق له في ذلك .

ومن أصحاب الشافعية من لا يثبت لغير الآباء ، والأجداد من العصبات لأنّه لا معرفة لهم في الحضانة ، ولا لهم ولاية بأنفسهم ، فلم تكن لهم حضانة كالأجانب [1]، والمنصوص هو الأول

والدليل ما رواه البراء بن عازب رضي الله عنه أنّه اختصم في بنت حمزة علي وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم فقال علي : أنا أحق بها هي بنت عمي ، وقال جعفر : ابنة عمي وخالتها عندي ، وقال زيد بنت أخي فقضى النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال : الخالة بمنزلة الأم .

فلو لم يكن ابن العم من أهل الحضانة لأنكر النبي صلى الله عليه وسلم على جعفر وعلي ادعائهما الحضانة بالعمومة، لأنّ لهما تعصيبا بالقرابة فثبت له الحضانة كالأب والجد .

**القسم الثالث :اجتماع الذكور والإناث**

إذا اجتمع الإناث ، والذكور، وتنازعوا في الحضانة فالأم تقدّم للحديث المتقدم ، ثمّ أمهاتها لأنهنّ في معنى الأم ، ثمّ الأب يقدم على أمهاته ، لأنّه أصلهنّ ثمّ أمه .

وإذا اجتمع الأب مع الخالة ففيه وجهان :

---

[1]- الشيرازي المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص270 .

**أحدهما** : أنّ الأب يقدّم على الخالة ، وهو ظاهر النص ، لأنّ الأب له ولادة ، ووارث فيقدم .

**الثاني** :وهو قول أبي سعيد الإصطرخي أنّ الخالة تقدم عليه لإدلائها بالأم ، والأم مقدمة على الأب [1] .

و إذا عدم الأمهات و الأباء ففيه ثلاثة أوجه [2] :

**أحدها** أنّ النساء أحق بالحضانة من العصبات فتكون الأخوات ، و الخالات و من أدلى بهنّ من البنات أحق من الإخوة و بنيهم ، و الأعمام و بنيهم لاختصاصهنّ بمعرفة الحضانة و التربية .

**الثاني** : أنّ العصبات أحقّ من الأخوات ، و الخالات ، و العمات و من يدلي بهنّ لاختصاصهن بالنسب ، و القيام بتأديب الولد .

**الثالث** : أنّه إن كان العصبات أقرب قدموا و ان كان النساء أقرب قدمن ،و إن استويا قدمت النساء لاختصاصهن بالتربية ، و إن استوى اثنان في القرابة و الإدلاء كالأخوين ، و الأختين أو الخالتين ، أو العمتين أقرب بينهما ، لأنّه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ،ولا مزية لإحداهما على الأخرى فوجب التقديم بالقرعة.

و إن عدم أهل الحضانة من العصبات ، و النساء و له أقارب من رجال ذوي الأرحام، و من يدلي بهم ففيه وجهان:

**أحدهما** : أنّهم أحقّ من السلطان لأنّ لهم رحما فكانوا أحقّ من السلطان كالعصبات .

**الثاني** : أنّ السلطان أحقّ بالحضانة لأنّه لا حق لهم مع وجود غيرهم فكان السلطان أحق منهم .

---

1 – الشيرازي المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ص270 .

2 – الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 271

**4- ترتيب درجات مستحقي الحضانة عند الحنابلة** : أولى الناس بالحضانة

**1-الأم** : لحديث النبي صلى الله عليه و سلم " أنت أحق به ما لم تنكحي " و لقضاء أبي بكر الصديق على عمر بعاصم بن عمر لأمه .

2-**أمهاتها** تقدم الأقرب فالأقرب

3-**الأب**

4-**أمهاته** : و في رواية [1] أنّ أم الأب مقدمة على أم الأم لأنها تدلي بعصبة ، فعليها يكون الأب أولى بالتقديم لأنهنّ يدلين به.

5-**الجد** : لأنه بمنزلة الأب ثم أمهاته

6-**الأخوات** : و قدّمن على سائر القربات كالخالات ، و العمات ، و غيرهنّ لأنهنّ شاركن في النسب ، و قدّمن في الميراث ، و لأنّ العمات ، و الخالات إنّما يدلين بأخوة الآباء و الأمهات ، و لا ميراث لهن مع ذي فرض و عصبة فالمدني الى نفس المكفول و يرثه أقرب ، و أشفق فكان أولى .

**7-الخالة** : لأنّها تدلي بالأم ، و لأنّ النبي صلى الله عليه و سلم قدم خالة ابنة حمزة على عمتها صفية.

و في رواية عن أحمد [2] أنّ الخالة أحق من الأب ، و على هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب كما ذكر ابن قدامة ، لأنّها تدلي بأم ، و أم الأب تدلي به ، فقدم من يدلي بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب ، لأنّ النبي صلى الله عليه و سلم قضى ببنت حمزة لخالتها و قال " الخالة أم " و يعترض بأن أم الأب جدة وارثة فقدمت على الخالة كأم الأم ، و لأنّ لها ولادة و وراثة فأشبهت أم الأم .

---

[1]-ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 230 ، ابن قدامة ،المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 195-196

[2]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ج8 ص196 .

و أمّا الحديث فيدل على أنّ للخالة حقا في الجملة ، و ليس النزاع فيه ، إنّما النزاع في الترجيح ثمّ الاجتماع.

**5- ترتيب درجات مستحقي الحضانة في التشريع الجزائري**

جاء في المادة 64 من قانون 84-11: الأم أولى بحضانة ولدها ، ثمّ أمها ، ثمّ الخالة ثمّ الأب ثمّ أم الأب ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك .

و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .

و يتضح من خلال المادة 64 من قانون 84-11 قبل التعديل أنّ ترتيب مستحقي الحضانة كالأتي -**الأم -أمها -الخالة -الأب -أم الأب** .

و يلاحظ أنّ القانون من خلال هذا الترتيب راعى جانب قرابات الأم على قرابات الأب و هو مذهب جمهور الفقهاء فقدمت أم الأم و الخالة على أم الأب ، و سائر قراباته لأنّهما يدليان بالأم و الأم مقدمة على الأب للحديث المتقدم " أنت أحق له ما لم تنكحي " ، و بالنسبة للخالة للحديث " الخالة بمترلة الأم " بل اعتبر الاجتهاد القضائي أنّ الإخلال بهذا الترتيب من غير مبرر شرعي أو قانوني مخالفة للقانون وجاءت قرارات المحكمة العليا تؤكد على ذلك .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/02/23 من المقرر قانونا أنّه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق .أ بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون .

و لمّا كان ثابتا من قضية الحال أنّ القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة و هي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعنة بحجة أنّ مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية و الإنفاق من الخالة مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب .

فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض[1].

و جاء في قرار بتاريخ 1998/03/17 من المقرر قانونا أنّه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق.أ إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة و لما ثبت في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد و رعايتهم.

فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ، وعرضوا قراراهم للقصور في التسبيب .

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

و لكن إذا وجد المبرر الشرعي و القانوني لإسناد الحضانة لمن هو أبعد في الترتيب رعاية للمحضون جاز ، لأن مبنى الحضانة مصلحة المحضون .

جاء في قرار بتاريخ 1997/02/18 .

من المستقر عليه قضاء أنّ الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون و لما كان ثابتا في قضية الحال أنّ الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون ، و اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك ، فإنّ قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون.

مما يستوجب رفض الطعن[3].

**و أما ترتيب درجات مستحقي الحضانة في التشريع بعد التعديل هو كالتالي :**

**الأم – الأب – أم الأم – أم الأب – الخالة – العمة .**

---

[1]- قرار رقم 89672 بتاريخ 23-2-1993، غرفة الأحوال الشخصية منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد خاص ، ص166 .

[2]-قرار رقم 179471 بتاريخ17-3-1998، غرفة الأحوال الشخصية منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد خاص ، ص172 .

[3]- قرار رقم 1539640 بتاريخ 18-2-1997، غرفة الأحوال الشخصية منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1997 ، العدد 1 ، ص39 .

**جاء في المادة 64 من قانون 05-02**: الأم أولى بحضانة ولدها ، ثمّ الأب ، ثمّ الجدة لأم ، ثمّ الجدة لأب ثمّ الخالة ثمّ العمة ثمّ الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

و يلاحظ أنّ الأب في التعديل قدّم على جميع القرابات بعد الأم ، و هذا مذهب الحنابلة في رواية عن أحمد.

و ذهب الإمام أحمد في رواية اختارها الإمام ابن تيمية و رجحها ابن القيم [1] في أنّ قرابات الأب مقدمة على قرابات الأم و هو الذي ذكره الخرقي في مختصره فقال [2] " و الأخت من الأب أحق من الأخت من الأم ، و أحق من الخالة ، و خالة الأب أحق من خالة الأم ، و كلّ هذا فأم الأب مقدمة على أم الأم و هو موافق لأصول الشرع ، و قواعده الشاهدة بتقديم أقارب الأب في الميراث و ولاية النكاح و غير ذلك، و لم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام فمن قدمها فقد خرج عن موجب الدليل .

وسبب الخلاف بين الفريقين في سبب تقديم الأم على الأب هل الأمومة أو الأنوثة فمن راعى الأمومة قدم جهتها على جهة الأب ، لأنّ أم الأم بمنزلة الأم ، والخالة بمنزلة الأم للحديث السابق .

و من راعى الأنوثة قدّم جهته على جهتها ، فإذا وجدت عمة و خالة فالمعني الذي قدمت له الأم موجود فيهما ، و امتازت العمة بأنّها تدلي بأقوى القرابتين و هي قرابة الأب ، و أمّا تقديم الخالة في الحديث على العمة و قال : (الخالة أم) حيث لم يكن لها مزاحم من أقارب الأب يساويها في الدرجة و صفية لم تطلبها .

---

[1] -ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج 5 ص 392 – 393

[2] -ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 232 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 195 ،ابن القيم زاد المعاد ، مرجع سابق ،ج 5 ص 392

قال ابن القيم [1] : و هو الصواب لأنّ الأم إنّما قدمت لأنّ النساء أرفق بالطفل ، و أخبر بتربيته و أصبر على ذلك ، و على هذا فالجدّة أم الأب أولى من أم الأم ، و الأخت للأب أولى من الأخت للأم ، و العمة أولى من الخالة كما نص عليه في إحدى الروايتين.

[1] – ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج 5 ص 393 .

## المطلب الرابع : الانتقال بالمحضون

إذا كانت الزوجية قائمة ، و أرادت الزوجة أن تسافر بالمحضون فللزوج منعها ، لأنّ حق السكن له بعد إيفاء معجل المهر ، وكذلك إذا كانت معتدّة لملازمتها بيت الزوجية لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ الطلاق:1، و أمّا إن كانت منقضية العدّة ، و أرادت السفر، و الخروج بالمحضون ففيه خلاف بين أئمة المذاهب .

**ذهب الحنيفة** [1] إلى أنّ المرأة إذا أرادت الخروج بولدها إلى بلد أخر فلا يخلو هذا البلد المنتقل إليه من احتمالات ثلاث :

1-أن يكون بلدها و قد وقع فيه نكاحها ، فلها أن تخرج به ، مثل أن تزوج كوفية بالكوفة ثمّ نقلها إلى الشام فولدت أولادا ثمّ وقعت الفرقة بينهما ،وانقضت العدّة ، وأرادت أن تنتقل بأولادها إلى الكوفة فلها ذلك ، لأنّ المانع هو ضرر التفريق بينه و بين بلده و قد رضي به لوجود دليل الرضا و هو التزوج بها ، لأنّ من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنّه يقيم فيه ، و الولد من ثمرات النكاح ، فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق ، إلا أن النكاح مادام قائما يلزمها إتباع الزوج فإذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الأمر إلى الأول .

2-أن يكون بلده و قد وقع فيه النكاح ، لم يكن لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها بأن تزوج كوفية بالشام فوقعت الفرقة فأرادت أن تنقل ولدها إلى الكوفة لم يكن لها ذلك ، لأنّه لم يقع فيه النّكاح فلم توجد دلالة الرضا بالمقام فيه ، فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه ، فلم يكن راضيا بتضرر التفريق .

---

[1] – الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص 45،44 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 375.

3-أن يكون البلد دار غربة وقع فيه النكاح فليس لها أن تنتقل به إليه ، كما إذا تزوج كوفية بالشام فنقلها إلى البصرة فوقعت الفرقة بينهما ، فأرادت أن تنتقل بأولادها إلى الشام ليس لها ذلك ، لأنّ ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ، و لا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج ، فلم يكن النكاح دليل الرضا بالمقام فيه ، فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه ، فلم يكن راضيا بضرر التفريق فيشترط للنقلة كالصغير إذا شرطان :

**أحدهما** أن يكون البلد الذي تريد أن تنقل إليه الولد بلدها .

**الثاني :** وقوع النّكاح فيه ، فما لم يوجد لا يثبت لها ولاية النقل.

و روى عن أبي يوسف أنّ لها ذلك ، و اعتبر مكان العقد[1] .

وهذان الشرطان مرتبطان بكون المسافة التي تربط بين البلدين بعيدة ، فإن كانت قريبة بحيث يقدر الأب أن يزور ابنه ، و يعود إلى بيته قبل الليل فلها أن تنتقل به من غير شروط لأنّه لا يلحق الأب كبير ضرر بالنقل فهو بمنزلة النقل إلى أطراف البلد.

و أمّا إذا كان المنتقل الزوج و أراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النّساء ، ليس له ذلك حتى يستغني عنها ، لأنّ الحضانة حقها و هي أحقّ بالحضانة منه ، فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من إبطال حقها فضلا عن الإخراج من البلد .

**و ذهب المالكية** [2] إلى أنّ سفر المرأة مسقط لحقها في الحضانة ، وكذا لو أراد ولي المحضون الانتقال والسفر فله أخذه منها و لو كان رضيعا بالشروط التالية :

1- أن يكون السفر سفر نقلة و انقطاع من بلد إلى آخر ، فإن كان سفر حاجة كتجارة ، و زيارة ، ثبت حقها في الحضانة.

---

[1] – الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص 44

[2] – الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 530 ، الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 531 - 532

2- أن تكون المسافة مسافة قصر أو تزيد ، فإن كانت أقل من ذلك فليس للولي نزعه منها .

3- أن يكون الطريق و المكان أمنين ، و إلا لم يكن له نزعه منها .

4- ألا تسافر مع الولي ، فإن سافرت معه ليس له منعها ، ويبقي حقها في الحضانة.

**و ذهب الشافعية** [1] إلى أنّ السفر إن كان لحاجة كتجارة ، و حج كان المحضون مع المقيم من الأبوين حتى يعود المسافر منهما لما في السفر من الخطر ، و الضرر ، و لأنّه لا حظ للولد في حمله ورده.

و لكن لو كان المقيم الأم ، و كان في مقامه معها مفسدة ، أو ضياع مصلحة كما لو كان يعلمه القرآن أو الحرفة ، و هما ببلد لا يقوم غيره مقامه في ذلك ، فالمتجه كما قاله الزركشي[2] تمكين الأب من السفر لاسيما إن اختاره الولد.

و إذا كان السفر للنقلة ، فالأب أولى من الأم بالحضانة سواء كان هو المقيم ، أو المسافرحفظا للنسب ، فإنّه يحفظه الآباء ، أو رعاية لمصلحة التأديب إلا أن تسافر معه الأم فيبقى حقها في الحضانة.

و لو اختلفا في سبب السفر فقال أريد الانتقال، و قالت أردت التجارة ، فالقول قوله لأنّه أعرف بيمينه قيل يصدق بيمينه ، فإن نكل حلفت ، و أمسكت الولد[3] .

**و ذهب الحنابلة** [1] إلى أنّ السفر إن كان لحاجة فالمقيم منهما أولى بالحضانة لأنّ المسافرة بالولد إضرار به .

---

[1] – الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 272 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 458

[2]- الزركشي رحمه الله هو العلامة أبو الحسن الشيخ بدر الدين الزركشي تفقه على بعض أصحاب الدميري وبرع في المذهب حتى فاق على أهل زمانه ولقبوه بالسبكي لثاني وله تصانيف منها بداية المحتاج في شهر المنهاج مات رحمه الله سنة إحدى وثلاثين وتسعمائة . الشيرازي ، مرجع سابق ، ج1 ص279-280

3 – الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 272 ، الشربيني ، مغني المحتاج، مرجع سابق ، ج 3 ص 459.

و إن كان السفر للنقلة و الإقامة ، فالأب أحق به سواء أكان هو المقيم ، أو المسافر ليقوم بتأديبه و حفظ نسبه من الضياع ، إلا أن تكون المسافة بين البلدين قريبة بحيث يراه الأب و يعود في يومه و هي ما دون القصر ، فتكون الأم على حضانتها ، و كذا لو كان الطريق غير آمن لأنّ في السفر به خطرا ، و لو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب إليه لأنّ فيه تغريرا به.

و قيل المقيم منهما أولى بالمحضون كسفر الحاجة[2] .

**و أما قانون الأسرة** فقد ذهب إلى أنّ السفر إن كان لحاجة كزيارة ، و علاج لا يسقط حقها في الحضانة ، و أمّا إن كان للنقلة ، والانقطاع إلى البلد الأجنبي فيرد الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة لها ، أو إسقاطها عنها .

**جاء في المادة 69 من قانون 84–11** : إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

و يغلب على القاضي أن يحكم بالحضانة للمقيم منهما في الجزائر إذا كان سفر الحاضنة إلى بلد أجنبي غير مسلم رعاية لدين الصغير من الضياع ، لأن الحضانة مقصده رعاية مصلحة المحضون .

**جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/01/02**

من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنّه و في الجزائر ، و في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تخاصما على الأولاد بالجزائر ، فإنّ من يوجد بها يكون أحق بهم و لو كانت الأم غير مسلمة ، و من المقرر قانونا أنّ الأحكام ، و القرارات الصادرة من

---

1 ا- ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 236 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 193 – 194

2 - ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 236

الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم و تخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها ،ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه .
لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم ،و القرار الأجنبيين اللذان أسندا حضانة البنتين الى أمهما، فإنّ قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي على وضع الصيغة التنفيذية للحكم ، و القرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ، و يبعدهما عن دينهما ، وعادات قومهما ، فضلا عن أنّ الأب له الحق للرقابة ، و بعدهما عنه يحرمه من هذا الحق ، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون[1] .

**جاء في القرار بتاريخ 1990/02/19 ما يلي :**

من كان من المقرر شرعا و قانونا أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون ،و القيام بتربيته على دين أبيه ،و من ثمّ فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون.

و يستوجب نقض القرار المطعون فيه[2] .

ولكن إذا انتقلت الحاضنة إلى البلد الأجنبي الذي يسكنه ولي المحضون فلا تسقط حضانتها كما دلت على ذلك هذه القرارات .

**جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25**

متى كان من المقرر شرعا و قانونا أنّ الحضانة تستند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا ، فإن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية

---

[1]- قرار رقم 52207 بتاريخ 2-1-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1990 ، العدد4 ، ص74 .

[2]- قرار رقم 59013 بتاريخ 19-2-1990، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1991 ، العدد4 ، ص117 .

المعروفة في الحضانة ، و من ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

و لما كان ثابتا في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد و البنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

و أمّا سفر الحاضنة داخل الوطن فلم ينص عليه القانون صراحة ، و إنّما قيد فيه الأمر بالبلد الأجنبي فكأن المفهوم المخالف للمادة 69 يثبت الحضانة للأم مهما بعدت المسافة بينها و بين ولي المحضون مادام في حدود الدولة ، إلا أنّ بعض قرارات المحكمة قيدته بما لا يتجاوز مسافة القصر ، وهي ستة برد ، كما قرر الفقهاء .

**جاء في القرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/09/22**

من المستقر عليه فقها وقضاء أنّ بعد المسافة بين الحاضنة ، و صاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برد ، و من ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خطأ في تطبيق القانون.

و متى كان من الثابت في قضية الحال أنّ المسافة الفاصلة بين الحاضنة ، و ولي المحضونين تزيد على ألف كيلومتر ، فإنّ قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2] .

---

[1]- قرار رقم 56597 بتاريخ 25-12-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1991 ، العدد3 ، ص61 .

[2]- قرار رقم 43594 بتاريخ 22-9-1986، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1992 ، العدد4 ، ص41 .

**وجاء في قرار بتاريخ 1982/01/25 ما يلي :**

لا يقبل الرد الذي يثير نقض الأساس القانوني ، و القصور في التسبيب على القرار الذي طبق أحكام الشريعة الإسلامية ، فيما يخص سفر الحاضنة بمحضونها عن بلد الولي على أنّ المقرر في المذهب أن لا تتجاوز المسافة ستة برد ، و في تفسير الشيخ خليل و إذا سافرت الحاضنة عن بلد الولي نزع المحضون منها و مسافة السفر ستة برد على الأقل[1] .

و الذي يترجح مذهب المشرع الجزائري والقضاء من أنّ الأب ليس له حق الانتقال بالمحضون سواء أكان السفر للحاجة ، أو للإقامة مادام الأم مقيمة ، و ذلك لأنّ الحضانة حق للأم ، وفي سفر الولد مع الأب إسقاط لحقها ، و أمّا إن كانت الأم هي المسافرة فإنها تستحق الحضانة إذا كان سفرها للحاجة ، و يسقط حقها فيها إذا كان سفرها للانتقال ، و السكنى الدائمة في بلد يبعد أكثر من مسافة القصر لأنّ ذلك يمنع الأب من الإشراف على ابنه و رعايته و حفظ نسبه .

[1]- قرار رقم 26693 بتاريخ 25-1-1982 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة الصادرة ، بتاريخ 1982 ، العدد الخاص ، ص251 .

## المطلب االخامس : أجرة الحضانة ومدها

### الفرع الأول : أحرة الحضانة

يتفرع عن الخلاف السابق في تكييف الحضانة هل هي حق للحاضنة ، أو للمحضون الخلاف ذاته في استحقاق الأجرة على ممارسة الحضانة.

**فذهب الحنفية** [1] إلى أنّ المرأة لا تستحق أجرة على الحضانة إذا كانت زوجيتها قائمة لاستحقاقها النفقة حتى لا تجمع بين نفقتين ، نفقتها على زوجها ، و أجرة الحضانة التي هي نفقة الصغير .

و كذا لو كانت معتدّة من طلاق رجعي لأنّ النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه ، و أمّا المبتوتة ففيها روايتان ، رواية لا يجوز لها أن تأخذ الأجر لأنّها مستحقة للنفقة و السكنى في حال قيام العدة كما لا يحل للزوجة ، و في رواية يجوز لأنّ النكاح قد زال فصارت كالأجنبية .

فإذا انتهت العدّة استحقت الأجرة على الحضانة لعدم استحقاقها النفقة .

**قال ابن عابدين:** قد علمت مما قد قدمنا آنفا أنّ الأجرة تستحق مع وجود الجبر فلا تنافي الوجوب و لعل وجهه أن نفقة الصغير لما وجبت على أبيه لو كان غنيا ، وإلا فمن مال الصغير كان من جملتها الإنفاق على حاضنته التي حبست نفسها لأجله عن التزوج ، ومثلها أجرة رضاعة فلم تكن أجرة خالصة من كل وجه حتى ينافيه الوجوب ، بل لها شبه الأجرة ، و شبه النفقة فإذا كانت منكوحة ، أو معتدة لأبيه لم تستحق أجرة لا على الحضانة ، ولا على الإرضاع لوجوبهما عليها ديانة ، والنفقة ثابتة لها بدونهما بخلاف ما بعد العدة ، فإنّها تستحقها عملا بشبه الأجرة [2].

---

1 – الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص 41 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 367

[2]- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص561 .

وهذا التفصيل في أجرة الحضانة إذا كانت الحاضنة أمّا للمحضون أمّا لو كانت غيرها استحقت الأجرة من غير قيد .

**قال ابن عابدين** : إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه هذا قيد فيما إذا كانت الحضانة أمّا ، أمّا لو كانت غيرها فالظاهر استحقاقها أجرة الحضانة بالأولى [1] .

و إذا امتنعت الأم عن حضانتها إلا بالأجرة و وجدت متبرعة بذلك فهل يعطي الطفل للمتبرعة أم يبقى مع أمه؟ و للإجابة عن هذا يجب أن نميز بين الحالات التالية:

1-إذا كان للطفل مال و امتنعت أمه عن حضانتها دون أجر ، و وجدت إحدى محارمه لجدته مثلا ، فإنّه يجوز لها أن تقوم بحضانتها تبرعا ، و ذلك لمصلحة الصغير بتوفير ماله الذي يعطى للأم فيما لو قامت بحضانته ، و لا ضرر على الصغير لأنّ الجدّة من الحاضنات و أمّا إذا كانت المتبرعة بالحضانة أجنبية فإنّ الأم تفضل عليها ، و يعطى للأم لمصلحة الصغير ، و يدفع للأم من مال الصغير أجرة المثل .

2-إذا لم يكن للطفل مال ، وكان أبوه موسرا فلا يعطى الطفل المحضون للمتبرعة لو كانت جدته لأنّ أمّه أحق بحضانته مع الأجر ، و لا عبرة هنا بتوفير المال عن الأب و ذلك لأنّ وجود الطفل لدى أمه أصلح ، و أنفع و لا ضرر على الأب لأنّه موسر و يدفع الأب أجرة المثل للأم .

3-أمّا إذا لم يكن للطفل مال ، و كان الأب معسرا ، وامتنعت الأم عن حضانتها إلا بالأجر و تقدمت إحدى محارمه بحضانته ، فإنّ الحضانة تنتقل إليها [2] .

**و ذهب المالكية** إلى أنّ الأم لا تستحق الأجرة على حضانتها و هذا قول مالك الذي رجع إليه و أخذا به ابن القاسم بل كان يقول : ينفق عليها من مال الغلام.

---

1- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص561 .

2 - السيواسي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 367 ، د- الزحيلي ،الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 10 ص 7314 ، الصابوني ، مرجع سابق ، ج2 ص 234.

و الخلاف إذا كانت الحاضنة غنية ، و أمّا المعسرة فينفق عليها من ماله لعسرها لا للحضانة[1] .

**قال الحطاب** : إن كان الأولاد يتامى كان للأم أجرة الحضانة إذا كانت فقيرة، والأولاد مياسير لأنّها تستحق النفقة في مالهم و لو لم تحضنهم[2] .

**و في رواية عن مالك** أنّها إن قامت عليهم بعد وفاة الأب ، و لم يكن لهم بد من حاضن استحقت النفقة[3] .

و رجح الحطاب هذه الرواية فقال : و أرى إن تأيمت لأجلهم ، وكانت هي الحاضنة ، و القائمة بأمرهم أن يكون لها النفقة ، و إن كانت أكثر من الأجرة ، لأنّها لو تركتهم و تزوجت أتى من ينفق عليها فكان من النظر للولد كونهم في نظرها و خدمتها. و إذا لم تكن تأيمت لأجلهم ، أو كانت في سن من لا تتزوج كان لها الأجر ، و إن كانت دون نفقتها ،و إن كان لهم من يخدمهم أو استأجرت من يقوم بخدمتهم ،و إنّما هي ناظرة فيما يصلح للولد فقط لم أرها شيئا[4] .

**و ذهب الشافعية** إلى أنّ للأم الحق بالمطالبة بأجرة الحضانة ، أو مؤونة ذلك من مال المحضون فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته[5] .

**جاء في حاشية البجيرمي** : إذا كانت الأم هي المرضعة ، و طلبت الأجرة على كل من الإرضاع و الحضانة أجيبت[6] .

---

1- الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 534 ، الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 531 ، الحطاب ، مرجع سابق ، ج 3 ص 221 .

2 - الحطاب ، مرجع سابق ، ج 3 ص 221.

3 - االمرجع نفسه.

4 - المرجع نفسه .

5 - البجيرمي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 121 ، عبد الحميد الشرواني ، حواشي الشرواني ، دار الفكر ، بيروت ج 8 ص 353

6 - البجيرمي ، مرجع سابق ، ج 4 ص 121

و **ذهب الحنابلة** إلى أنّ الأم أحق بحضانة ولدها و لو طلبت أجرة على ذلك[1] .

**جاء في الفروع** أحق النساء بطفل أو معتوه أمه ، و لو بأجرة مثل الرضاع[2] .

فإذا وجدت متبرعة بقي الحق لها مادامت الأجرة مقدرة بأجرة المثل .

**جاء في كشاف القناع** و تقدم الأم ، و لو بأجرة مثلها مع متبرعة كرضاع فهي أحق بحضانتها[3]

و في قول آخر أنّها لا تستحق الأجرة بناء على أنّها حق للمحضون فتخدمه مجانا[4] .

**جاء في المبدع** : هل لمن له الحضانة أن يسقطها ، و يترل عنها فيه قولان ، وأنّه لا تجب عليه رحمة الولد أيام الحضانة إلا بأجرة ، وإن قلنا الحق له و إلا وجبت عليه خدمته مجانا و للفقير الأجرة على القولين[5] .

و **أما قانون الأسرة** فلم يتطرق إلى أجرة الحضانة ، ولكن بالرجوع إل الاجتهاد القضائي نجد أنّ الحاضنة لا تستحق أجرا على ممارسة الحضانة لأنّ ذلك واجب عليها أخذا بقول من يرى أنّ الحضانة حق للمحضون .

**وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/04/08 ما يلي :**

الحاضنة لا تستحق أجرا على الحضانة ، و المجلس إذا وافق على الحكم الذي جعل على الأب 500 دج يدفعها كأجرة للحاضنة على الحضانة هو على هذا خلاف الشرع، و أمّا الاستشهاد بقوله تعالى : ﴿ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ الطلاق: 6 ، فليس ظاهرا

---

1 – ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 236 ، محمد بن المفلح المقدسي ابن المفلح ، الفروع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،الطبعة الأولى ، سنة 1418هـــ ، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي ،ج 5 ص 465 ، ابن إدريس ، كشاف القناع، مرجع سابق ، ج 5 ص 496.

2– ابن المفلح ، الفروع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 465.

3 ابن إدريس ، كشاف القناع،مرجع سابق ،ج 5 ص 496.

4–ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 236.

5- المرجع نفسه .

في القضية ، و قد جاء في كتاب البهجة على شرح التحفة أنّه لا أجرة للحاضن على الحضانة إذا الإنسان لا يأخذ أجرا على فعل شيء واجب عليه، و مخالف لما يجري عليه العمل القضائي مما يعرض قراره للنقض في هذا الجانب.

و الذي أرجحه مذهب الشافعية و الحنابلة من استحقاق المرأة المفارقة لزوجها أجرة الحضانة سواء أكانت في عدة الطلاق الرجعي ، أو البائن لأنّ من حبس نفسه لحق غيره كانت نفقته عليه ، و هي حبست نفسها لخدمة الصغير، وربما تمنع نفسها من الزواج مرة أخرى خشية أن يعيش أبناؤها مع زوجة أبيهم فتؤذيهم فكانت نفقتها من ماله إن كان له مال ، و إلا على من تلزمه نفقته لأنّ الأجرة من مستلزمات النفقة ، وهذا ما يؤكده روح التشريع ، لأن الأب أو من تلزمه نفقته لو استأجر خادمة لرعايته لاستحقت على ذلك أجرة فأمهم أولى بذلك .

و أمّا ما ذهب إليه الحنفية من عدم استحقاقها الأجرة إذا كانت في العدّة لأنّ لها نفقة العدة ،وحتى لا يجمع بين نفقتين فمردود لأنّ النفقة ثابتة لها و لو لم تكن حاضنة ، و أمّا أجرة الحضانة فتستحقها نظير قيامها بأمور الصغير و رعايته [1] .

---

[1]- قرار رقم 35912 بتاريخ 8-4-1985 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد1 ، ص89 .

## الفرع الثاني : مدة الحضانة

اتفق الفقهاء كما سبق بيانه أنّ الأم أحق بالحضانة إلى أن يبلغ المحضون سنا يستغني فيها عنها ، إلا أنّهم اختلفوا في تحديد هذا السن أو الحد .

**مذهب الحنفية** : فرق الحنفية [1] بين الغلام والجارية في مدّة حضانة كل منهما ، فالغلام حاضنته أحق به حتى يستغني عنها بالأكل وحده ، و الشرب ، و اللبس و في ظاهر الرواية و يتوضأ وحده و لم يقدروا في ذلك سنا معينة عدا الخصاف الذي قدرها بسبع أو ثمانية أو نحو ذلك.

و أمّا الجارية فحاضنتها أحق بها أيضا حتى تحيض ، و في ظاهرة الرواية عن محمد حتى تبلغ أو تشتهى ، و إنّما اختلف حكم الغلام و الجارية ، لأنّ القياس أن تتوقف الحضانة بالبلوغ في الغلام و الجارية جميعا ، لأنّها ضرب ولاية ، و قد ثبتت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال إلا أنّهم تركوا القياس في الغلام لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم لما روى أنّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم ، أو تتزوج أمه ، و كان ذلك بمحضر الصحابة ، و لم ينكر عليه أحد من الصحابة ، و لما تركوا القياس في الغلام بإجماع الصحابة بقي الحكم في الجارية على أصل القياس ، و لأنّ الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب و التخلق بأخلاق الرجال ، و تحصيل أنواع الفضائل ، والعلوم و الآداب ، والرجال على ذلك أقدر و أقوم مع أنّه لو ترك في يدها لتخلق بأخلاق النساء ، وتعود شمائلهن و في هذا ضرر ، و هذا المعنى لا يوجد في الجارية فنترك في يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ كحاجتها إلى تعلم آداب النساء ،و التخلق بأخلاقهن و خدمة البيت .

---

1 - الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص 42 – 43 ، السيواسي ، مرجع سابق ،ج 4 ص 371 - 372

و بعد استغناء الغلام ، و حيض الجارية تنتقل حضانة كلّ منهما إلى الأب فيبقى عنده جبرا إلى البلوغ ، فإذا بلغ خير بين أن ينفرد بالسكنى ، و بين أن يكون عند أبيه إلا أن يبلغ سفيها مفسدا فحينئذ يضمه إلى نفسه اعتبارا لنفسه بماله.

و أمّا الجارية فإذا بلغت بكرا ضمها إلى نفسه ، و إن بلغت ثيبا فلها أن تنفرد بالسكنى ، إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها [1] .

و استدلوا على ذلك بما يلي :

1- بما رواه أبو داوود و النسائي عن أبي هريرة " سمعت امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه و سلم و أنا قاعد عنده قالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني و قد سقاني من بئر أبي عنبة و قد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: استهما عليه ، فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم " هذا أبوك و هذه أمك فخذ بيد من شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به " [2] .

و وجه دلالة الحديث التخيير في حق البالغ دون غيره لاستسقائه من بئر أبي عنبة ، و من دون البلوغ لا يرسل إلى الآبار للخوف عليه من السقوط فيه لقلة غفلة ، و عجزه عنه غالبا.

2- حديث " أنت أحق به ما لم تنكحي " [3] .

---

1- السيواسي ، مرجع سابق ، ى ج 4 ص 374

[2]- أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد ، مرجع سابق ، ج2 ص283 ، النسائي، كتاب الطلاق ، باب أسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، مرجع سابق ، ج3 ص382 ، البيهقي ، باب الأبوين إذا افترق وهما في قرية واحدة ، مرجع سابق ، ج8 ص3 ، الحاكم ، كتاب الأحكام ، مرجع سابق ، ج4 ص108 .قال الالباني : صحيح .صحيح سنن أبي داود ج5 ص277 .

[3]- سبق تخريجه ص308.

و وجه دلالة الحديث أنّ النبي صلة الله عليه و سلم لم يخيره لأنّ تخيير الصبي ليس بحكمة لأنّه لغلبة هواه يميل إلى اللذة الحاضرة ، و الكسل ، و الهروب من الكّتاب ، و تعلم آداب النفس و معالم الدين فيختار شر الأبوين ، و هو يهمله و لا يؤدبه[1] .

3- ماروى عن عمار بن ربيعة المخزومي أنّه قال غزا أبي نحو البحرين فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه و معي أخ لي صغير فخيرني علي رضي الله عنه ثلاثا فاخترت أمي فأبى عمي أن يرضى فوكزه علي رضي الله عنه بيده ، و ضربه بدرته و قال لو بلغ هذا الصبي أيضا خير ، فهذا يدل على أن التخيير لا يكون إلا بعد البلوغ[2] .

**مذهب المالكية** : أنّ حضانة الولد إلى البلوغ و لو بلغ زمنيا ،أو مجنونا ، و على الأب نفقته و القيام بحقه ، و الأنثى إلى الدخول بها ، فلو طلقت قبل الدخول استمرت حضانتها ولا تسقط بالعقد و لا بالطلاق [3] .

و استدلوا على ذلك : أنّ الرسول صلى الله عليه و سلم قال للمرأة : "أنت أحق به ما لم تنكحي و لو كان للولد حق التخيير كما ذهب الشافعية و الحنابلة لم تكن هي أحق به إلا إذا اختارها .

و تفريق المالكية بين الذكر و الأنثى ، و هو أنّ الذكر للبلوغ ، و الأنثى للدخول أنّ البنت تحتاج إلى الحفظ ، و المراعاة أكثر مما يحتاج إليه الابن ، و بلوغها لا يزيل ذلك لأنّها معرضة للأزواج ، و بنفس بلوغها لا تعرف مصالح نفسها ، و الأزواج يرغبون فيمن يكفنها أبوها و أمها ، و من لم تخرج عن حضانتهما و مراعاتها ، أكثر من رغبتهم في المتخلية بنفسها ، فكانت المصلحة لها في تبقيه حق الحضانة عليها[4] .

---

1- الكساني ، مرجع سابق ، ج4 ص44 .

2 - ابن أبي شيبة ، باب ما قالوا في الأولياء والأعمام أيهم أحق بالولد ، مرجع سابق ، ج4 ص180 .

3- الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج 2 ص 526، الدسوقي ، مرجع سابق ، ج 2 ص 526 .

4 المعونة ج 2 ص 941

**مذهب الشافعية** : إلى أنّ المحضون إذا بلغ سبع ، أو ثمانية سنين ذكرا أو أنثى ، و هو مميز خير بين والديه إذا تنازعا في كفالته.

و قيّد الشافعية وقت التخيير ببلوغه السبع ، أو الثمان لأنّه سن التمييز غالبا ، و قد يتقدم على السبع ،و قد يتأخر عن الثمان ، و الحكم مداره عليه لا على السنّ ، قال ابن الرقعة : و يعتبر في تمييزه أن يكون عارفا بأسباب الاختيار ، و إلا أخر إلى حصول ذلك ، و هو موكول إلى اجتهاد القاضي[1] .

و استدلوا بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال جاءت امرأة إلى رسول صلى الله عليه و سلم فقالت يا رسول الله إنّ زوجي يريد أن يذهب بابني ، و قد سقاني من بئر أبي عنبة و قد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " إستهما عليه "، فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " هذا أبوك و هذه أمك فخذ بيد من شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به " [2] .

روى عبد الرزاق عن عبد الله بن عمير قال : خير عمر رضي الله عنه غلاما بين أبيه و أمه فاختار أمه فانطلقت به[3] .

و روى عبد الرزاق عن عبد الرحمن بن غنم قال : اختصم إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في غلام فقال : هو مع أمه حتى يعرب عنه لسأنه ليختار[4] .

و وجه دلالة الأحاديث أنّ المحضون يخير بين أبويه إذا بلغ سنا معينة قيدها الشافعية بالتمييز أو بلوغه سن السابعة أو الثامنة .

و لم يفرق الشافعية في التخيير بين الغلام و الجارية كما فعل الحنابلة ، و استدلوا على ذلك بما رواه النسائي و أحمد في مسنده من حديث رافع بن سنان أنّه تنازع هو

---

1 - الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 456

2- سبق تخريجه ص387.

3 -عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ج7 ص156 .

4 -عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ج7 ص156 .

و أم في ابنتها و أنّ النبي صلى الله عليه و سلم أقعده ناحية ،و أقعد الصبية بينهما و قال: " ادعواها " فمالت إلى أمها فقال النبي صلى الله عليه و سلم " اللهم أهدها " فمالت إلى أبيها فأخذها [1] .

و قالوا لو لم يرد هذا الحديث لكان حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، و الأثار المتقدمة حجة في تخيير الأنثى لأنّ كون الطفل ذكرا لا تأثير له في الحكم بل هي كالذكر في قوله صلى الله عليه و سلم " من وجد متاعه عند رجل قد أفلس" بل حديث الحضانة أولى بعدم اشتراط الذكورية فيه لأنّ لفظ الصبي ليس من كلام الشارع ، إنما الصحابي حكى القصة وأنّها كانت في صبي ، فإذا نقح المناط تبيّن أنّه لا تأثير لكونه ذكرا [2] .

فإذا لم يختر المحضون والديه أقرع بينهما لأنّه لا يمكن اجتماعهما على كفالته ، و لا مزية لأحدهما على الأخر فوجب التقديم بالقرعة ، و إن لم يختر واحدا منهما أقرع بينهما لأنّه لا يمكن تركه وحده ما لم يبلغ لأنه يضيع و لا مزية لأحدهما على الأخر.

و إن اختار أحدهما ينظر فإن كان ابنا فاختار الأم كان عندها بالليل ، و يأخذه الأب بالنّهار و يسلمه إلى من يعلمه صنعة ، أو حرفة ، أو علما لأنّ القصد حفظ الولد ، و إن اختار الأب كان عنده بالليل و النهار ، و لا يمنعه من زيارة أمه ، فإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه ، لأنّه بالمرض صار كالصغير في حاجة إلى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به ، و إن كانت الأحق بتمريضه في بيتها ، و إن اختار أحدهما ثم رجع في اختياره للآخر حول إليه إن عاد فاختار الأول أعيد إليه لأنّ الاختيار إلى شهوته ، و قد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت و عند الآخر في وقت ، فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه من مأكول و مشروب.

---

1 سبق تخريجه ص 328.

2 -ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج 5 ص 419 ، 420

و إذا لم يكن له أب ، و له أم وجد خير بينهما ، لأنّ الجد كالأب في الحضانة فكان كالأب في التخيير في الكفالة ، فإن لم يكن له أب أو جد ، فإنّه يترك مع أمه للبلوغ على قول أنّ الحضانة لا تكون لغير الآباء والأجداد ، وعلى القول الثاني تثبت للعصبة ، فإن كانت العصبة محرما كالعم و الأخ و ابن الأخ خير بينهما و بين الأم لما روى عامر بن عبد الله قال خاصم عمي أمي و أراد أن يأخذني فاختصما إلى علي بن أبي طالب فخيرني على ثلاث فاخترت أمي فدفعني إليها ، و إن كان العصبة غير محرم كابن عم فإن كان الولد ابنا خير بينه و بين الأم ، و إن كانت بنتا كانت عند الأم إلى أن تبلغ ، و لا تخيير لأنّ ابن العم ليس بمحرم لها ، و لا يجوز أن تسلم إليه[1] .

**مذهب الحنابلة:** للحنابلة في هذه المسألة أربعة أقوال [2] :

**القول الأول:** أنّ الغلام إذا بلغ سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما ، و به قضى عمر وعلي.

**القول الثاني:** أن أباه أحق به .

**القول الثالث** : أنّ أمّه أحق به لحديث " أنت أحق به ما لم تنكحي" .

**القول الرابع** : أنّ الأم أحق به حتى يأكل و يشرب ، ويتوضأ ويلبس وحده فيكون أبوه أحق به بلا تخيير.

والقول الأول هو الأظهر في المذهب كما قال ابن قدامة [3] ، لما رواه أبو هريرة قال جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه سلم فقالت : إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد

---

1- الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 271 ، 272 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 490، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 456

2 -ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 237 ،ابن المفلح ، الفروع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 469 – 470 ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 191

3 – ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 191

سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال النبي صلى الله عليه سلم : " هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به " [1] .

ولأنّه إذا مال إلى أبويه دلّ على أنّه أرفق به ، وأشفق، وأما التقييد بالسبع لأنّها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالصلاة.

**فإن اختار أباه** كان عنده ليلا ونهارا ، ولا يمنع من زيارة أمه ، و لا تمنع هي من تمريضه ، وإن اختار أمه كان عندها ليلا وعند أبيه نهارا ليعلمه الصناعة ، و الكتابة ويؤدبه، فإن عاد فاختار الآخر نقل إليه ، ثمّ إن اختار الأول رد إليه فإن لم يختر أحدهما أقرع بينهما.

فإذا بلغ رشيدا فلا حضانة عليه، ويقيم أين شاء وأحبّ ويستحب ألا ينفرد عنهما.

وأمّا الجارية فليس لها ذلك ، ولأبيها منعها منه.

وإذا كان الأب معدوما ، وحضر غيره من العصبات كالأخ ، والعم و ابنه قام مقام الأب فيخير الغلام بين أمه ، وعصبته لأنّ عليا خيّر عمارة الجرمي بين أمه وعمه، ولأنّه عصبه فأشبه الأب وكذلك إن كانت الأم معدومة ، وكانت الجدة من أهل الحضانة خيرت بينها وبين أبيه، أو من يقوم مقامه من العصبات ، فإن كان الأبوان معدومين ، وانتقلت الحضانة إلى امرأة كأخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه في التخيير بينهما ، وبين عصاباته للمعني المذكور في الأبوين ، وإنّما يخير الغلام بشرطين :

**أحدهما** : أن يكونوا جميعا من أهل الحضانة ، فإن لم يكن أحدهما من أهل الحضانة كان كالمعدوم ويعين الأخر.

**الثاني:** أن لا يكون الغلام معتوها، فإن كان معتوها كان عند الأم و لا يخير، وإن كان كبيرا لذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ، ولو خير الصبي فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم ، وبطل اختياره لأنّه خير حين استقل بنفسه ، فإذا زال عقله زال

---

1 –سبق تخريجه ص387 .

استقلاله بنفسه فكانت أمه أولى به لأنّها أشفق عليه ، وأقوم على مصالحه كما في حال طفولته ، وأمّا الجارية إذا بلغت سبع سنين فالأب أحق بها [1]عند الحنابلة لأنّ الأحاديث الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين لا يعرف لها أي مخالف من الصحابة في تخيير الغلام دون الجارية.

و أمّا مذهب الشافعية من عدم التفريق بين الغلام والجارية في التخيير فمردود من وجهين :

**الوجه الأول:** استدلالهم بحديث رافع وقد ضعفه ابن المنذر وغيره ، وضعف يحي بن سعيد والنوري عبد الحميد بن جعفر ، وهو أحد رواة الحديث ، وأيضا قد اختلف فيه على قولين **أحدهما** : أن المخير كان بنتا ، **الثاني** : أنه كان ابنا .

**الوجه الثاني:** إلغاء وصف الذكورة في أحاديث التخيير وغيرها لا تقوم به الحجة ، وذلك أنّ من الأحكام ما يكفي فيها وصف الذكورة ، أو وصف الأنوثة قطعا ، ومنها مالا يكفي فيه بل يعتبر فيه إما هذا وإما هذا، ويلغى الوصف في كلّ حكم تعلق بالنوع الإنساني المشترك بين الأفراد ، ويعتبر وصف الذكورة في كلّ موضع كان له تأثير فيه كالشهادة والميراث ، والولاية في النّكاح ، ويعتبر وصف الأنوثة في كل موضع يختص بالإناث ، أو يقدمن فيه على الذكور كالحضانة إذا استوي في الدرجة الذكور والأنثى قدّمت الأنثى .

بقي النظر في شأن التخيير هل لوصف الذكورة تأثير في ذلك فليحق بالقسم الذي تعتبر فيه أولا تأثير له فيلحق بالقسم الذي يلغي فيه ، ولا سبيل إلى جعلها من القسم الملغي فيه وصف الذكورة لأنّ تخييرها هنا تخيير شهوة لا تخيير رأى ومصلحة ، ولهذا إذا اختار غير من اختاره أولا نقل إليه فلو خيرت البنت أفضى ذلك إلى أن تكون عند الأب تارة وعند الأم أخرى ، وذلك عكس ما شرع للإناث من لزوم البيوت ، وعدم البروز فلا

1 – ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 192

يليق بها أن تمكن من خلاف ذلك ، و إذا كان هذا الوصف معتبرا قد شهر له الشارع بالاعتبار لم يمكن إلقاؤه وكذلك فانّ تنقلها بين والديها يقضي إلى ألا يبقى الأب موكلا بحفظها ، ولا الأم لتنقلها بينهما وقد عرف بالعادة أنّ ما يتناوب الناس على حفظه ويتواكلون فيه فهو آيل إلى ضياع[1] .

**أمّا قانون الأسرة** فبين مدّة الحضانة في المادة 65 من قانون 84-11 : تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سنّ الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.
على أن يراعي الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

فمدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات ، وبلوغ الأنثى سن الزواج القانوني وهو تسعة عشرة عاما وفقا للمادة 7 من قانون الأسرة ، غير أنّه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من عشر سنوات إلى سنة عشرة سنة ، وذلك بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها ، وألا تكون متزوجة ثانية مع رجل أخر ليس محرم للمحضون.
وعند الحكم بانتهائها يجب مراعاة مصلحة المحضون في التربية والرعاية والحماية وهذا ما أكده هذا القرار للمحكمة العليا.

**جاء في قرار بتاريخ 1990/03/19 ما يلي :**

من المقرر قانونا أنّه تنقضي مدّة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّا لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ منعدما للأساس القانوني.

1 – ابن القيم ، زاد المعاد ، مرجع سابق ، ج 5 ص 44/42 .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ المجلس القضائي لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1] .

والذي يترجح مذهب المالكية من أنّ حضانة الذكر للبلوغ ، والبنت للدخول بها لأنّ مقصد الحضانة الحفظ والرعاية لمن لا يستقل بنفسه ، فإذا استقلّ بخدمة نفسه عن غيره خير بين أبويه ، أو الانفراد بالسكن لوحده ، والأولى أن لا يخرج عنهما .

ويعتبر اختياره إذا اعتبر قوله ، وذلك بعد البلوغ لأنّه مظنة القوة والشدة لقوله تعالى : ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ ﴾ النساء: 6 ، ولحديث أبي هريرة أنّ امرأة جاءت إلى التبني صلى الله عليه وسلم قالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من بئر أبي عنبه ونفعني فقال النبي صلي الله عليه وسلم : " هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيدي أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به " [2] .

فالنبي صلى الله عليه وسلم خير الغلام بعد ما كان ينفع أمه من الكسب ، والسقي من البئر وهذا لا يتأتى لغير البالغ غالبا.

فإن قيل ليس في الحديث ما يدّل على البلوغ ، فليس فيه كذلك ما يدل على نفيه وما روى عن عمار بن ربيعة المخزومي أنّه قال غزا أبي نحو البحرين فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي إلى علي بن طالب رضي الله عنه ومعي أخ لي صغير فخيرني

---

[1]- قرار رقم59156 بتاريخ 19-3-1990، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1991، العدد2 ، ص76 .

2 سبق تخريجه ص387.

علي رضي الله عنه ثلاثا فاخترت أمي فأبي عمي أن يرضى فوكزه علي رضي اله بيده وضربه بدرته وقال لو بلغ هذا الصبي أيضا خير[1] .

فتخييره قبل البلوغ لا يصح لأنّه لا يعرف حظه ، فيكون اختياره اختيار شهوة ، وربّما اختار من يلعب عنده ، ويترك تأديبه ، ويمكنه من شهواته فيؤدي ذلك إلى فساد أخلاقه وضياعه .

وأمّا الأنثى فالأصلح لها أن تكون عند أمها إلى الدخول بها ، لأنّ الأم أعرف بمصالح ابنتها فالبنت عندها أصون وأحفظ بلا شك ، وعينها دائما بخلاف الأب ، فإنّه في غالب الأوقات غائب بسبب تحصيل المعاش فتركها عند أمها أصون لها وأحفظ.

وزيادة على ذلك فهي محتاجة إلى تعليم ما يصلح للبنات من القيام بمصالح البيت وهذا إنّما تقوم به النساء لا الرجال ، فهي أحوج إلى أمها لتعلمها ما يصلح للمرأة ودفعها إلى أبيها تعطيل لهذه المصلحة ، ولأنّ لأب لا يحضن بنفسه وإنّما يحضن بغيره بزوجته ، أو أمه ، أو خادمته وأمها أولى من الجميع لقول النبي صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي" فمصلحة البنت والأم والأب أن تكون عند أمها .

وأما ما ذهب إليه القانون والقضاء من تحديد سن قانونية للحضانة ، فقد يعتبر في الذكر دون الأنثى ، لأن بلوغ المحضون سن 10سنوات والقاضي يغلب عليه أن يجدد لسن 16 سنة وهي مظنة البلوغ فيتوافق هذا القول مع قول المالكية ، وأما تحديدها للأنثى بسن الدخول وهو19 سنة ففيه نظر ، لأن هذه السن حرجة بالنسبة لها ، وخاصة في زماننا فبقاؤها في حضانة أمها أفضل وأنسب لها ، فكان قيد الدخول بها وهو اشتراط المالكية أولى في الاعتبار من سن الدخول المشروط قانونا وقضاء لموافقته لمقصود تشريع الحضانة .

1- الكساني ، مرجع سابق ، ج 4 ص 44.

## المطلب السادس : مسكن الحضانة ورؤية المحضون

### الفرع الأول : مسكن الحضانة

مسكن الحضانة هو مسكن الزوجية إذا كانت قائمة ، أو كانت المرأة في عدّة الطلاق بنوعيه الرجعي والبائن ، ولكن إذا انقضت العدّة فهل لها أن تبقى في بيت الزوجية لممارسة الحضانة ، أو يكلف الزوج المطلق بأجرة مسكن أم لا ؟

**مذهب الحنفية** : في المذهب ثلاثة أقول[1] :

**القول الأول** : لا تجب في الحضانة أجرة مسكن ، لأنّ وجوب الأجر على الحضانة لايستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة.

**القول الثاني** : يجب على المطلق توفير مسكن لممارسة الحضانة سواء أكان مسكن الزوجية أم مؤجرا ، وتكون الأجرة من مال الصبي إن كان له مال ، وإلا فعلى من تجب عليه نفقته ، والقول بوجوب أجرة المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة كما عللّ أصحاب القول الأول ، بل على وجوب نفقة الولد ، فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلا ، بل تسكن عند غيرها فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد ، بل الوجه لزومه على من تلزمه نفقته فإنّ المسكن من النفقة

ورجحّ الخير الرملي هذا القول فقال إذا احتاج الصغير لخادم يلزم الأب ، فإن احتياجه إلى المسكن مقرر[2] .

1- ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 562 .

2- المرجع نفسه .

**وقال نجم الأئمة** [1]: المختار أنّه عليه السكنى في الحضانة ، وكذا إذا احتاج إلى خادم يلزم الأب به[2] .

**القول الثالث:** وهو قول ابن عابدين جمعا وتوفيقا بين القولين من أنّ لها الحق في أجرة المسكن إذا لم يكن لها ، فإن كان لها مسكن فليس لها حق في ذلك .

**قال ابن عايدين:** والحاصل أنّ الأوجه لزومه ، ولكنّ هذا إنّما يظهر لو لم يكن لها مسكن، أمّا لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ، ويسكن تبعا لها ، فلا لعدم احتياجه إليه فينبغي أن يكون ذلك توفيقا بين القولين ، ولا يخفى أنّ هذا هو الأرفق للجانبين ، فليكن عليه العمل[3] .

**مذهب المالكية :** أنّ لها السكنى ، وتكون الأجرة بالاجتهاد من القاضي يوزعها عليهما ، فما يخص المحضون من الأجرة ففي ماله ، أو على أبيه ، وما يخص الحاضنة فعليها ، وهو المشهور في المذهب .

وقيل السكن على الأب للمحضون والحاضنة معا ولا اجتهاد فيه[4] .

**قال ابن رشد الجد :** موضحا سبب الخلاف بين القولين بأنّ من رأى أنّ الحضانة حقّ للحاضن لم ير له أجرة ، ولا كراء في سكناه معه ، لأنّه لا يستقيم أن يكون من حقه أن يكلفه ويؤويه إلى نفسه ، ويجب له بذلك حق .

---

[1]- الإمام البارعي الملقب نجم الأئمة وكان إماما فاضلا وذكر السمعاني البارع بفتح الباء وكسر الراء وفى آخرها العين المهملة قال هذا لقب لمن برع فى نوع من العلم توفي بجرجانية خوارزم ليلة الأحد السادس عشر من شعبان سنة خمس وأربعين وست مائة كان إماما فقيها واعظا رحمه الله تعالى . عبد القادر بن أبي الوفاء ، مرجع سابق ، ج1 ص285

[2] – الدر المختار ج 3 ص 562

[3] – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 562.

[4] – الدردير ، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 1 ص 531 ، الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ص 533 .

ومن رأى أنّ الحضانة حقّ للمحضون أوجب للحاضن أجرة على حضانته إياه ، وكراء مسكنا معه ، وهذا بين لا اختلاف فيه أنّه على الأب النفقة ، والكسوة ، وأجرة الرضاع إن كان رضيعا[1]

أمّا **قانون الأسرة** فذهب إلى استحقاق المرأة مسكنا لممارسة الحضانة سواء أكان مسكن الزوجية ، أو مؤجرا ، وسواء أكانت الحاضنة موسرة ، أو معسرة.

جاء في المادة 72 من قانون 05-02 : في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

**وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن .**

وجاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/04/27 ما يلي :

من المقرر قانونا أنّه إذا كانت الأم حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيواءها فعلى الزوج حسب وسعه أن يضمن حقها في السكن مع محضونها وأنّ نفقة المحضون ، وسكناه من ماله إذا كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته.

ولمّا ثبت من قضية الحال أنّ للزوج مسكنا آخر بنفس البلدية حسب اعترافه فإنّ قضاة المجلس قد أخطئوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعنة تخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه ولاسيما وأنّ احتمال عدم وجود ولي يقبل إيواءها مع محضونها قائما. ومتى كان كذلك استوجب نقض قرارهم جزئيا[2].

**ويحكم لها بالسكن وقت الحكم بالطلاق والحضانة .**

---

[1]- ابن رشد الجد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 262

[2]- قرار رقم 105366 بتاريخ 27-4-1993، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1994 ، العدد2 ، ص88 .

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1980/12/02 ما يلي :

إنّ الحق في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق ، وبالحضانة[1] .

**ويشترط في هذا السكن أن يكون مستقلا عن المطلق ، أو غيره لأنّه أصبح بطلاقه أجنبيا عنها .**

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 ما يلي :

من المستقر عليه قانونا أنّ نفقة المحضون ، وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيأ له سكنا ، وإن تعذر فعليه أجرته .

المستفاد من القرار المطعون فيه أنّه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة وهو قضاء لا يتماشى و المنطق ، فالشيء المجزأ يعتبر شيئا واحد فكان ينبغي عندئذ على قضاة الموضوع أن يقضوا بأجرة المسكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي من المسكن ليكون فضاءهم متماشيا مع أحكام المادة 72 من قانون الأسرة على أساس أنّ المطلقة الحاضنة صارت بعد الطلاق أجنبية عن المطلق يستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص السكن لممارسة الحضانة [2].

**ولا يشترط لاستحقاق السكن عددا معينا من المحضونين بل لها الحق في السكن ما دامت حاضنة ولو لواحد .**

**جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1994/11/29 ما يلي :**

من المقرر قانونا أن نفقة المحضون وسكناه من ماله ، إن كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا ، أمّا إذا تعذر فعليه أجرته.

---

[1]- قرار رقم 24148 بتاريخ 2-12-1980، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة الصادرة بتاريخ 1981 ، العدد1 ، ص83 .

[2]- قرار رقم 215212 بتاريخ16-2-1999، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2000 ، العدد1 ، ص181 .

ولما ثبت من قضية الحال أنّ قضاة المجلس أسسوا قرارهم المنتقد على أنّ الطاعنة لايحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة ، أو بأجرته ،إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، فإنّهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون ، وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته.

مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة[1] .

**فإذا لم يوفر لها المطلق سكنا ، أو بدل أجرة مسكن لها أن تبقى في بيت الزوجية ما كانت ملكيته للزوج المطلق .**

**جاء في المادة 72 من قانون 84-11** الفقرة الثانية : وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن .

**وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15 ما يلي :**

للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أنّ للزوج مسكنا آخر ، وهذا نظرا لمصلحة المحضونين ، ولمّا كان ثابتا في قضية الحال أنّ المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ 11 سنة أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ، وأن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكنا آخر ، وعليه فإنّ القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس ، وحق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [2].

**فإن كان المسكن ليس للمطلق فلا يحق لها التمسك به.**

---

[1]- قرار رقم 112705 بتاريخ 29-11-1994، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1995 ، العدد1 ، ص140 .

[2]- قرار رقم 223834 بتاريخ 15-6-1999، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العددخاص ، ص225 .

**جاء في المحكمة العليا بتاريخ 2001/03/28 ما يلي :**

لا يجوز التمسك بحق البقاء في المسكن على أساس ممارسة الحضانة إذا أثبتت ملكية المسكن لشخص أخ[1].

**أمّا أجرة المسكن فهي من عناصر النفقة التي يلزم به الأب ويرجع في تقديرها إلى القاضي.**

**جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/07/21 ما يلي :**

إنّ أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النّفقة ، ومنها فإنّها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين ، إلا أنّ تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[2] .

والذي يترجح قول ابن عابدين من الحنفية من أنّ الحاضنة لها الحق في سكن ، أو أجرته إن لم يكن لها مسكن ، فان كان لها مسكن سقط حقها في أجرة مسكن الحضانة لعدم احتياج المحضون إليه حينئذ حيث يسكن تبعا لها في مسكنها ، وهو الأرفق للجانبين كما قال ابن عابدين ،ولقول النبي صلي الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" [3] .

ولأنّ في تكليف الأب بمسكن الحضانة مطلقا ، ولو كان لها مسكن خاص بها ، أو لأهلها إثقال لكاهل الأب إن كان من ذوي الدخل البسيط ، وإذا كان الأب يعجز أحيانا عن توفير نفقة المحضونين كما هو الحال في مشاكل النفقة في محاكمنا ، فكيف يلزم بتوفير أجرة للسكن ، ولذا أصدرت المحكمة العليا قرارا بإلزام الأب بالسكن إن لم يكن للحاضنة مأوي تأوي إليه وصغارها ، فإن كان لها سقط حقها في مسكن الحضانة .

---

[1]- قرار رقم 258532 بتاريخ 28-3-2001، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2002 ، العدد1 ، ص316 .

[2]- قرار رقم 197739 بتاريخ 21-7-1998، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1999 ، العدد56 ، ص37 .

[3] - سبق تخريجه ص 72 .

**جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/04/27 ما يلي :**

من المقرر قانونا أنّه إذا كانت الأم حاضنة ، و لم يكن لها ولى يقبل إيواءها ، فعلى الزوج حسب وسعه أن يضمن حقها في سكن مع محضونها [1].

وهو قرار موافق لما ذهب إليه ابن عابدين من الحنفية وإن كانت المادة 72 من قانون الأسرة تنص على السكن مطلقا : في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار.

---

[1]- قرار رقم 105366 بتاريخ 27-4-1993، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور لمجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1994 ، العدد2 ، ص88 .

## الفرع الثاني: رؤية المحضون

رؤية المحضون حق مقرر شرعا باتفاق الفقهاء [1] لصلة الرحم ، ويرجع في تحديد مكان الزيارة ومدّتها إلى تراضي المطلقين ، أو حكم القاضي عند الاختلاف ، ويمكن أن نجمل أقوال الفقهاء في هذه الحالة فيما يلي:

**مذهب الحنفية**[2] : لا يمنع أحد الأبوين الآخر عن النظر إلى المحضون ، وزيارته وتفقد أحواله ، ولو كان ذلك يوميا ، ولكن لا يجبر على إرساله إليه ، ولكن يخرجه إلى مكان يمكنه أن يراه فيه.

**مذهب المالكية** : أن الحضانة إذا كانت للأب فللأم حق زيارة أولادها الصغار كل يوم مرة ، والكبار كل أسبوع مرة[3] ، قال خليل في مختصره : وقضي للصغار كل يوم مرة والكبار كل جمعة[4]

وإذا كانت الحضانة للأم فللأب كما سبق ذكره تعاهد ولده وهو عند أمه ، وبعثه إلى المكتب ليتعلم ، ويبيت عند أمه.

**مذهب الشافعية**: إذا كانت الحضانة للأم لا يمنع الأب من زيارة المحضون ، ولا يتبسط بالحديث مع الحاضنة ، لأنّ الفرقة تمنع من تبسط أحدهما في دار الآخر ، وإذا كان المحضون عند أبيه فإمّا أن يكون ذكر ، أو أنثي ، فإن كان ذكرا فلا يمنعه من زيارة أمّه لما فيه من العقوق ، وقطع الرحم ، وهو أولى منها بالخروج إليها ، وإن كانت أنثي فيمنعها الأب من زيارتها لتألف الصيانة ، وعدم البروز ، والأم أولى بالخروج لزيارتها .

---

1 – ابن عابدين، مرجع سابق ، ج 3 ص 571 ، الدسوقي ، مرجع سابق ، ج 2 ص 512 .

2 – الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 271، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج2 ص 491 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 457 ، ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 238 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 193.

3 – ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 571

4 – الدسوقي، مرجع سابق ، ج 2 ص 512 .

والزيارة على العادة مرة في أيام أي يومين فأكثر ، لا في كل يوم ، إلا إذا كان منزلها قريب فلا بأس أن يدخل عليها كل يوم كما قال الماوردي :وإذا مرض المحضون فالأولى تمرضه أمه لأنّها أهدى إليه وأصبر عليه من الأب، فإن رضي في بيته وإلا ففي بيتها يكون تمريضه على أن لا يمنع الأب من عيادته ، ويجب الاحتراز في الحالتين من الخلوة بها[1] .

**مذهب الحنابلة** [2]: لا يمنع أحد الأبوين من زيارة المحضون سواء أكان في حضانة أمه ، أو أبيه على أن لا يبسط أحدهما بالحديث مع الآخر خلال الزيارة لأنّ الفرقة تمنع ذلك ، وكذا الخلوة ، و لا يمنع الغلام كذلك إذا كان عند أبيه من زيارة أمه لما في ذلك من العقوق وقطع الرحم.

وإذا مرض المحضون كانت أمه أحق بتمريضه في بيتها، لأنّه صار بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره، فكانت الأم أحق به كالصغير.

أمّا قانون الأسرة فقد ذهب إلى أنّ زيارة المحضون حق قانوني يحكم به القاضي عند الحكم بالحضانة كما جاء في المادة 64 من قانون 05-02 الفقر الأخيرة : وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

وقد حددت بعض قرارات المحكمة العليا مدّة الزيارة مرة في الأسبوع.

**جاء في قرار بتاريخ 1990/4/16 ما يلي :**

متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنّه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما يقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة كل أسبوع لتعهدهم

---

[1] – الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج 2 ص 271 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 491، الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج 3 ص 457 .

[2] – ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج 8 ص 238 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 8 ص 193 .

بما يحتاجون إليه، والتعاطف معهم ، ومن ثمّ فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون .

ومن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

ولا يصح قانونا تحديد بيت الزوجة لممارسة حق الزيارة لانقطاع الرابطة الزوجية بينهما، وإن أجازه بعض الفقهاء كما سبق بيانه ببعض الضوابط كعدم الخلوة و التبسيط في الحديث.

**وجاء في قرار بتاريخ 1998/12/15 ما يلي :**

من المقرر شرعا أنّه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة.

ومتى تبين في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون ، لأنّ المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأنّ الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محدودة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة[2].

وحقّ الزيارة لا يقتصر على الأم ، أو الأب بل يتعدى إلى كل من له الحق في ممارسة الحضانة من النساء ، و الرجال وهو ما قرره الفقهاء.

**جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2001/4/21 ما يلي:**

للخالة حق الزيارة لأنّ القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحق حقوق الحضانة حقوق الحضانة .

---

[1]- قرار رقم 59784 بتاريخ 16-4-1990، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1991 ، العدد4 ، ص126 .

[2]- قرار رقم 214290 بتاريخ 15-12-1998، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد الخاص ، ص194 .

ومتى كان كذلك فإنّ لها الحق في الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وقف فيما قضى[1]

**وجاء في قرار آخر بتاريخ 1998 ما يلي :**

من المقرر شرعا أنّه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون حق الزيارة أيضا.

ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع كما قضوا بحق الزيارة للجدّ الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمترلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [2].

فإذا منع أحد الأبوين الآخر من الزيارة تعرض للعقوبة قانونا ، لأنّ حق الزيارة من الحقوق التي يحميها قانون العقوبات ، فجاء في المادة 328 من قانون العقوبات بأنّه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ، وبغرامة مالية من 500 دج إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة ، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها وقع أو أبعده عنه، أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على حفظه ، أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ، وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني.

فرؤية المحضون إذا وزيارته حق باتفاق بل وواجب رعاية لمصلحة المحضون ، لأنّه في أمس الحاجة أن يكون في كنف والديه ، فإذا لم يتيسر له ذلك بسبب أبعض الحلال وهو الطلاق ، فلا أقل من أن يحرم منهما ، أو من أحدهما ولو بزيارة قصيرة في اليوم أو الأسبوع تخفف عنه بعض آثار هذا الفراق ، وقد أحسن القانون صنعا حين حكم بالزيارة

---

[1]- قرار رقم 258479 بتاريخ 21-4-2001، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد 2 ، ص300 .

[2]- قرار رقم 189181 بتاريخ21-4-1998، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001 ، العدد الخاص ، ص192 .

مع حكمه بالحضانة ، وتنظيمها بل وترتيب العقوبة على من يمنع ذلك من الأبوين ، أو غيرهما ، تمكينا لكلّ منهما لرعاية المحضون ، و الاهتمام بشؤونه حفاظا على توازن نفسه لينموا نمو سليما خاليا من العقد النفسية ، وما يفعله بعض الناس في واقعنا من الانقطاع والانفصال عن المحضون تماما بمجرد الطلاق، وعدم زيارته ، وتركه عند حاضنتة لانشغاله بأسرته الجديدة إذا تزوج ، ولقطع كلّ ما يربطه بالماضي الأليم يؤدي إلى مفاسد كثيرة من بينها اختلال توازن هذا الصغير نفسيا ، وسلوكيا مما يسبب له الكراهة الشديدة لوالده أو أمه بسبب التخلي عنه.

# الخاتـمة

تم بحمد الله وتوفيقه انجاز هذه الرسالة ، وقد توصلت فيها إلى النتائج التالية :

- أخذ جمهور الفقهاء وهو مارجحه القانون من أقوال الفقه ، وأكدته الاجتهادات القضائية بنظرية التمكين عند النفقة ، وأخذ الحنفية بنظرية العقد ، فعلى القول الأول لا تجب النفقة إلأا بالدخول بالمرأة حقيقة أو حكما ، أو دعوتها له إلى الدخول ، وعلى القول الثاني تجب بمجرد العقد ، فبمجرد العقد تسري عليها النفقة ولو بقيت في بيت والدها مالم تمتنع من الدخول عند طلبه .

- لم يتطرق القانون لموضوع المتعة البتة خلافا لغيره من التشريعات العربية كالسوري ، والمصري ، وإن كان العمل بها جاري في المحاكم ، والمجالس بناء على أنّ ما سكت عنه القانون يرجع فيه إلى الشريعة كما ورد في المادة 222 .

- الاجتهاد القضائي في مسألة الخلع اختلف بين فترة وأخرى في اشتراط رضا الزوج ، وسبب ذلك أن المشرع في قانون 84-11 لم يبين الطبيعة القانونية للخلع و إنما اكتفى ببيان جوازه ، فاتجه الاجتهاد القضائي أولا من سنة 1984 إلى غاية 1991 إل اشتراط رضاه في الخلع ، وهوقول عامة الفقهاء ، ثم تغير الاجتهاد من سنة 1991 إلى غاية تبني المشرع له من خلال تعديل 05-02 ، فلم يعتبر رضا الزوج ، وإنما اقتصرعلى طلب المرأة ، وهو أكثر انسجاما مع مقاصد الشريعة ، حتى لا يؤدي الأمر بالزوج إلى إبتزاز المرأة في المطالبة بالزيادة الكثيرة عما أعطاها ، والأمر الثاني كما قال ابن رشد الحفيد : إنما جعل الفداء في مقابل الطلاق ، وهذا القول الثاني ليس مما تفردت به الاجتهادات القضائية عن الشريعة بل هو قول بعض الفقهاء من المسلمين كالحسن

البصري وغيره ، من أنّ الخلع يحتاج إلى حكم الحاكم ، وللحاكم أن يحكم به للزوجة ولو لم يرض الزوج .

- الطلاق التعسفي وإن كان اصطلاح القانون على الطلاق الذي ينشئه الزوج بغير سبب معقول ، أو مشروع إلا أنّ قواعد الشريعة العامة تشير إليه من خلال منع أي اساءة لاستعمال الحق ، أو التعسف في استعمال الحق رفعا للضرر عن الغير ، فالطلاق الذي ينشئه الزوج بسبب نزوة أو رعونة هو ظلم للزوجة ، وليس مما شرعه الله للنّاس من الطلاق ، فتستحق المرأة تعويضا يتناسب مع اضرار الزوج لها .

- اهتمت الشريعة والقانون بجانب الحضانة حيث أفرد لها في القانون عشر مواد من 62-72 و98 اجتهاد قضائي ، وذلك لما للحضانة من تأثير على الطفل في مراحل نموه ، فالطفل الذي تتناوب على تربيته عدّة حاضنات تختل شخصيته ، كما أنّ الطفل الذي يتخلى عنه والده يشعر بمركب النقص ، لذلك كان لا بد من دور الأبوين في حياة الطفل ولو كانا منفصلين رعاية له من الانحراف والشذوذ ، ومن ثمة جاءت أحكامها مفصلة على هذا النحو .

- القانون أحال كل ما سكت عنه وفق المادة 222 إلى الشريعة الإسلامية و لم يقيد القاضي بمذهب بعينه كالقانون السوري والمصري وغيرهما ، ليعطي مجالا أوسع للقاضي ليجتهد ويختار بين أقوال الفقهاء مايراه مناسبا ،ومحققا للمصلحة .

**والحمد لله في البدء والختام**

# فهرست الآيات القرآنية

| | |
|---|---|
| فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ | 41 |
| وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ | 46 |
| وَعَلَى ٱللَّهِ قَصۡدُ ٱلسَّبِيلِ وَمِنۡهَا جَآئِرٞۚ | 54 |
| وَٱقۡصِدۡ فِي مَشۡيِكَ وَٱغۡضُضۡ مِن صَوۡتِكَۚ | 54 |
| مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجۡعَلَ عَلَيۡكُم مِّنۡ حَرَجٖ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمۡ | 57 |
| يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ | 57 |
| يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرۡهٗاۖ | 66 |
| وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ | 67 |
| ٱتۡلُ مَآ أُوحِيَ إِلَيۡكَ مِنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَۖ | 71 |
| يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ | 71 |
| خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةٗ تُطَهِّرُهُمۡ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيۡهِمۡۖ | 71 |
| وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ | 71 |
| مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ | 71 |
| وَٱلَّذِينَ جَٰهَدُواْ فِينَا لَنَهۡدِيَنَّهُمۡ سُبُلَنَاۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَمَعَ ٱلۡمُحۡسِنِينَ | 81 |

| | |
|---|---|
| فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِى فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيْهَا ۚ | 87 |
| وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا۟ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ | 87 |
| إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ | 87 |
| وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ | 88 |
| رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ | 90 |
| أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ إِلَىٰ غَسَقِ ٱلَّيْلِ وَقُرْءَانَ ٱلْفَجْرِ ۖ | 90 |
| لَا يُسْـَٔلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْـَٔلُونَ | 91 |
| وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ | 91 |
| إِنَّنِىٓ أَنَا ٱللَّهُ لَآ إِلَٰهَ إِلَّآ أَنَا۠ فَٱعْبُدْنِى وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكْرِىٓ | 95 |
| وَأَذِّن فِى ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ | 95 |
| يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا | 101 |
| هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ ذَلُولًا فَٱمْشُوا۟ فِى مَنَاكِبِهَا | 102 |
| وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا | 102 |
| وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا | 102 |

أَهُمۡ يَقۡسِمُونَ رَحۡمَتَ رَبِّكَۚ نَحۡنُ قَسَمۡنَا بَيۡنَهُم 102

حَتَّىٰٓ إِذَآ أَتَوۡاْ عَلَىٰ وَادِ ٱلنَّمۡلِ قَالَتۡ نَمۡلَةٞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّمۡلُ 103

يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ 103

وَلَا تُؤۡتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمۡوَٰلَكُمُ ٱلَّتِي جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمۡ قِيَٰمٗا 104

هُوَ ٱلَّذِي جَعَلَ لَكُمُ ٱلۡأَرۡضَ ذَلُولٗا فَٱمۡشُواْ 104

وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ وَتُدۡلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلۡحُكَّامِ 104

وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا جَزَآءَۢ 104

إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا 105

فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ 107

لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَبۡتَغُواْ فَضۡلٗا مِّن رَّبِّكُمۡۚ 107

قُلۡ مَنۡ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخۡرَجَ لِعِبَادِهِۦ 108

فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ 115

وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ 116

وَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ مِنكُمۡ طَوۡلًا أَن يَنكِحَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ 116

| | |
|---|---|
| **وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ** | 116 |
| لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ | 121 |
| وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا | 135 |
| وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ | 146 |
| قُل لَّوْ أَنتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَآئِنَ رَحْمَةِ رَبِّىٓ إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ ٱلْإِنفَاقِ ۚ | 147 |
| وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنفِقُوا۟ مِمَّا رَزَقَكُمُ ٱللَّهُ قَالَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ لِلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ | 147 |
| يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَنفِقُوا۟ مِمَّا رَزَقْنَٰكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِىَ يَوْمٌ | 147 |
| أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ | 150 |
| لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ | 158 |
| يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ | 167 |
| وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ | 167 |
| ﴿ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ | 167 |
| ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ | 170 |
| وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ | 171 |

| | |
|---|---|
| فَهَلۡ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأۡتِيَهُم بَغۡتَةٗۖ فَقَدۡ جَآءَ أَشۡرَاطُهَاۚ | 185 |
| يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ | 188 |
| وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا | 188 |
| يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ | 189 |
| يَٰقَوۡمِ إِنَّمَا هَٰذِهِ ٱلۡحَيَوٰةُ ٱلدُّنۡيَا مَتَٰعٞ وَإِنَّ ٱلۡأٓخِرَةَ هِيَ دَارُ ٱلۡقَرَارِ | 198 |
| وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ | 200 |
| الٓمٓ ذَٰلِكَ ٱلۡكِتَٰبُ لَا رَيۡبَۛ فِيهِۛ هُدٗى لِّلۡمُتَّقِينَ | 201 |
| شَهۡرُ رَمَضَانَ ٱلَّذِيٓ أُنزِلَ فِيهِ ٱلۡقُرۡءَانُ هُدٗى لِّلنَّاسِ | 201 |
| يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ | 218 |
| ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ | 218 |
| فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا | 221 |
| وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا | 222 |
| وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا | 224 |
| وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا | 224 |

وَلَا تَعۡتَدُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُعۡتَدِينَ 232

وَلَا تُفۡسِدُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ بَعۡدَ إِصۡلَٰحِهَا وَٱدۡعُوهُ خَوۡفٗا وَطَمَعًاۚ 232

وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي ٱلۡأَرۡضِ لِيُفۡسِدَ فِيهَا وَيُهۡلِكَ ٱلۡحَرۡثَ وَٱلنَّسۡلَۗ 232

وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ 245

**فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ** 250

هُنَّ لِبَاسٞ لَّكُمۡ وَأَنتُمۡ لِبَاسٞ لَّهُنَّۗ 251

ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ 256

**فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ** 258

فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا 260

وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ 261

يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرۡهٗاۖ 261

وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا 261

وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ 262

وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ 278

| | |
|---|---|
| ﴿ وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ | 282 |
| فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ | 284 |
| وَأَتِمُّواْ ٱلۡحَجَّ وَٱلۡعُمۡرَةَ لِلَّهِۚ فَإِنۡ أُحۡصِرۡتُمۡ فَمَا ٱسۡتَيۡسَرَ مِنَ ٱلۡهَدۡيِۖ | 285 |
| لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ | 287 |

## فهرست الأحاديث الشريفة

# قائمة المراجع

## 1) تفاسير القرآن الكريم :

ابن عطية : أبو محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي ، تفسير ابن عطية ، دار ابن حزم
الطبعة الأولى ، سنة 1423هـ - 2002م .

الجصاص : أبو بكر أحمد الرازي، أحكام القرآن للجصاص ، دار إحياء التراث
بيروت ، سنة 1405هـ ، تحقيق محمد الصادق قمعاوي .

الرازي : فخر الدين الرازي ، التفسير الكبير، مؤسسة المطبوعات الإسلامية
مكتبة ومطبعة عبد الرحمن محمد لنشر القرآن الكريم والكتب
الإسلامية، القاهرة ، الطبعة الأولى .

القرطبي : محمد بن أحمد بن فرح القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الشعب
القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 1372هـ ، تحقيق أحمد بن عبد العليم
البردوني .

## 2) الحديث :

- ابن أبي شيبة : أبو بكر عبد الله ، مصنف ابن أبي شيبة ، مكتبة الرشيد ، الرياض ،
الطبعة الأولى ، سنة 1409هـ ، تحقيق كمال يوسف الحوت .

- ابن أنس : مالك بن أنس الأصبحي ، الموطأ ، دار إحياء التراث العربي ،

بيروت ، سنة 1406هـ - 1985م ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

- ابن عبد البر : أبو عمر يوسف ، التمهيد ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ، سنة 1387هـ ، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري .

- ابن ماجه : محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، دار الفكر ، بيروت ، تحقيق فؤاد عبد الباقي .

- أبو داود : سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داود ، دار الفكر ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .

- البخاري : محمد بن اسماعيل ، صحيح البخاري ، دار ابن كثير، بيروت ، سنة 1407هـ1987م ، الطبعة الثالثة، تحقيق مصطفى ديب البغا .

- البيهقي : أحمد بن الحسين ، سنن البيهقي ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، سنة 1414هـ - 1994م ، تحقيق محمد عبد القادر عطا .

- الترمذي : محمد بن عيسى ، سنن الترمذي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق أحمد محمد شاكر و أخرون .

- التميمي : محمد بن حبان ، صحيح ابن حبان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1414هـ - 1993م ، تحقيق شعيب الأرناؤوط .

- الحاكم : محمد بن عبد اللّه ، المستدرك على الصحيحين ، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ، سنة 1411هـ 1990م ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا .

- الخراساني : أبو عثمان سعيد بن منصور ، كتاب السنن ، الدار السلفية ، الهند الطبعة الأولى ، سنة 1982م ، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي .

- الدار القطني : علي بن عمر ، سنن الدار القطني ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1386هـ - 1966م ، تحقيق السيد عبد اللّه هاشم كماني المدني .

- الزرقاني : محمد بن عبد الباقي ، شرح الزرقاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1411هـ .

- الزيلعي : عبد اللّه بن يوسف ، نصب الراية ، دار الحديث ، مصر ، سنة 1357هـ ، تحقيق محمد يوسف البنوري .

- الشوكاني : محمد بن علي ، نيل الأوطار ، دار الجليل ، بيروت ، سنة 1973م .

-الصنعاني : محمد بن اسماعيل ، سبل السلام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي .

- الطبراني : سليمان بن أحمد ، المعجم الأوسط ، دار الحرمين ،القاهرة ، سنة 1415 هـ ، تحقيق طارق بن عوض اللّه بن محمد ، عبد المحسن ابن إبراهيم الحسيني .

- العتر : نور الدين العتر ، دراسات منهجية في الحديث الشريف ( الأسرة و المجتمع ) منشورات جامعة دمشق ، الطبعة الخامسة ، سنة 1412هـ - 1992م .

- العسقلاني : أحمد بن علي بن حجر ، فتح الباري ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1379هـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي – محب الدين الخطيب .

-المباركفوري: محمد عبد الرحمان ، تحفة الأحوذي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

- النسائي : أحمد بن شعيب 1- سنن النسائي (المجتبي) ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب ، الطبعة الثانية ، سنة 1406هـ - 1986م ، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة .

- النووي : أبو زكريا يحي بن شرف ، شرح صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1392هـ .

- الهيثمي : علي بن أبكر ، مجمع الزوائد ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، سنة 1407هـ .

-عبد الرزاق : أبو بكر ، مصنف عبد الرزاق ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1403هـ ، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي .

- محمد شمس : محمد شمس الحق العظيم ، عون المعبود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1415هـ .

- مسلم : بن حجاج النسابوري ، صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

## 3) الفقه :

### أ- الفقه المالكي :

- ابن جزّي : محمد بن أحمد ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية ، الطبعة الأولى ، سنة1420هـ - 2000م ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي .

- ابن عبد البر : أبو عمر يوسف ، الكافي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1407هــ .

- ابن رشد : محمد بن أحمد بن رشد ، مقدمات ابن رشد ، دار الفكر ، بيروت ، سنة النشر 1986 م .

- أبو الحسن المالكي : كفاية الطالب ، دار النشر ، بيروت ، سنة 1412هــ ، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي .

- الأبي : صالح عبد السميع ، الثمر داني ، المكتبة الثقافية ، بيروت .

- الحطاب : محمد بن عبد الرحمان ، مواهب الجليل ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1398هــ .

- الشقفة : د. محمد بشير الشقفة ، الفقه المالكي في ثوبه الجديد ، دار القلم ، دمشق، الطبعة الأولى ، سنة النشر 2003 .

- الدردير : أحمد بن محمد ، 1- الشرح الصغير ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1398هـ - 1978م .

2- الشرح الكبير ، دار الفكر .

- الدسوقي : محمد عرفة ، حاشية الدسوقي ، دار الفكر ، تحقيق محمد عليش .

- الصاوي : أحمد بن محمد ، الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1398هـ - 1978م .

- العبدري : محمد بن يوسف ، التاج والإكليل ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1398هـ .

- العدوي : علي الصعدي ، حاشية العدوي ، دار الفكر ، بيروت ، سنة 1412هـ ، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي .

- النفراوي : أحمد بن غنيم سالم النفراوي المالكي ، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيراواني ، دار الفكر ، بيروت ، 1415هـ .

- مالك : مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، دار الفكر ، بيروت ، سنة النش 1406هـ -1987م .

ب) – **الفقه الحنبلي** :

- ابن ادريس : منصور بن يونس ، 1- كشاف القناع ، دار الفكر ، بيروت ، سنة

1402هـــ ، تحقيق هلال مصلحي مصطفى هلال .

2- الروض المربع ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، سنة 1390هـــ .

- ابن المفلح : محمد بن المفلح المقدسي ، الفروع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1418هـــ ، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي .

- ابن تيمية : أحمد عبد الحليم ، فتاوى ابن تيمية ، مكتبة ابن تيمية ، تحقيق عبد الرحمان محمد قاسم العاصمي النجدي الحنبلي .

- ابن تيمية : عبد السلام بن عبد اللّه ، المحرر في الفقه ، مكتبة المعارف ، الرياض ، الطبعة الثانية ، سنة 1404هـــ .

- ابن ضويان : إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ،منار السبيل ، مكتبة المعارف ، الرياض ، سنة النشر 1405هـــ ، الطبعة الثانية ، تحقيق عصام القلعجي

- ابن قدامة : عبد اللّه بن أحمد ، 1- عمدة الفقه ، مكتبة الطرفين ، الطائف ، تحقيق عبد اللّه سفر العبدلي – محمد دغيليب العتبي .

2- الكافي في فقه ابن حنبل ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1408هـــ - 1988م ، الطبعة الخامسة ، تحقيق زهير الشاويش .

3- المغني ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1405هـــ .

- ابن يوسف : مرعي بن يوسف الحنبلي ، دليل الطالب ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1389هـــ .

الخرقي : أبو القاسم عمر بن الحسين ، مختصر الخرقي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، سنة 1403هـ ، تحقيق زهير الشاويش .

- الزرعي : شمس الدين ، زاد المعاد ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة التاسعة والعشرون ، سنة 1416هـ - 1996م ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، عبد القادر الأرناؤوط .

- المرداوي : علي بن سليمان ، الإنصاف للمرداوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق محمد حامد الفقي .

- ابن مفلح : إبراهيم بن محمد ، المبدع ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1400هـ .

ج) - **الفقه الشافعي** :

- البجيرمي : سليمان بن عمربن محمد البجيرمي ،حاشية البجيرمي ، المكتبة الإسلامية ، ديار بكر تركيا .

- الخن ، البغا ، الشربجي : أ.د مصطفى الخن ،أ.د مصطفى البغا ، أ. علي الشربجي الفقه المنهجي ، دار الصباح ، الطبعة الأولى ، سنة 1407هـ

- الشافعي : محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1393هـ .

- الشربيني : محمد الخطيب ، 1- مغني المحتاج ، دار الفكر ، بيروت .

2- الإقناع للشربيني ، دار الفكر ، بيروت ، سنة 1415هـ ،

تحقيق مكتب البحوث والدراسات – دار الفكر .

- الشيرازي : إبراهيم بن علي أ- المهذب ، دار الفكر ، بيروت .

ب- التنبيه ، عالم الكتب ، بيروت ،سنة النشر1403هـ ،

الطبعة الأولى ، تحقيق عماد الدين أحمد حيدر .

- الشرواني : عبد الحميد الشرواني ، حواشي الشرواني ، دار الفكر ، بيروت .

- الغزالي : محمد بن محمد ، الوسيط ، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الأولى ،

سنة 1417هـ ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر .

- النووي : أبو زكريا يحي بن شرف ، روضة الطالبين ، المكتب الإسلامي ،

بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1405هـ .

- الانصاري : محمد بن أحمد الرملي ، شرح زبد بن رسلان ، دار المعرفة ، بيروت .

د) **الفقه الحنفي** :

- ابن عابدين : محمد أمين ، حاشية ابن عابدين ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1386هـ .

- ابن نجيم : زين بن إبراهيم ، البحر الرائق ، دار المعرفة ، بيروت .

- السرخسي : محمد بن أبي سهل ، المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ،

سنة 1406هـ .

- السغدي : علي بن الحسين ، فتاوى السغدي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة

الثانية ، سنة 1404هـ ، تحقيق صلاح الدين الناهي .

- السمرقندي : محمد بن أحمد ، تحفة الفقهاء ، دار المكتبة العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1405هـ .

- السيواسي : محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية .

- الشيباني : محمد بن الحسن ، الحجة ، عالم الكتب ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، سنة 1403 هـ ، تحقيق مهدي حسن الكيلاني القادري .

- الكاساني : علاء الدين ، بدائع الصنائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1982م .

- المرغياني : علي بن أبي بكر ، الهداية شرح البداية ، المكتبة الإسلامية ، بيروت .

## هـ) –**الفقه الظاهري** :

ابن حزم : علي بن أحمد بن سعيد ، المحلي ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي .

## ي) – **الفقه المقارن** :

- ابن رشد : أبو الوليد محمد ، بداية المجتهد ، دار شريفة الجزائر .

- البوطي : أ د. محمد سعيد رمضان ، محاضرات في الفقه المقارن ، دار الفكر المعاصر بيروت .

- الزحيلي : أ د. وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الرابعة معدلة ، سنة 1418هـ - 1997م .

- المروزي : محمد نصر ، اختلاف العلماء ، عالم الكتب ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1406هـ ، تحقيق صبحي السامرائي .

**و- الفقه العام :**

- أبو زهرة : محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي . ، الطبعة الثالثة

- بوساق : د. محمد بن المدني بوساق ، التعويض عن الضرر ، دار اشبيليا ، الرياض الطبعة الأولى ، سنة النشر 1419هـ - 1999م .

- عبد الله : عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، دار المعارف ، مصر ، الطبعة الثالثة ، سنة النشر 1962 .

- حسب الله : على حسب الله ، الفرقة بين الزوجية ، دار الفكر العربي .

**4- القواعد الفقهية :**

- ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، الأشباه والنظائر، المكتبة العصرية ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1998م-1418هـ ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي .

- الزرقا : مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1418هـ - 1998م .

### 5- أصول الفقه :

- البوطي : أ. د. محمد سعيد رمضان البوطي ، مباحث الكتاب والسنة ، مطبعة جامعة دمشق ، سنة النشر1410هـ - 1990.

- الحيان : الحسين بن الحسن ، منهج الاستدلال بالسنة في المذهب المالكي ، دار البحوث للدراسات الاسلامية وإحياء التراث ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1424هـ - 2003 م .

-السرخسي : محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة النشر 1372 هـ ، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني .

- السمعاني : منصور بن محمد السمعاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، سنة النشر 1997، تحقيق محمد اسماعيل الشافعي .

- الشاطبي : ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1423هـ - 2002م تحقيق د. محمد الاسكندراني ، عدنان درويش .

- المقدسي : عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، دار النشر جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض ، سنة النشر 1399هـ ، الطبعة الثانية ، تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمان سعد .

## 6- القانون :

- الصابوني : أ.د . عبد الرحمان الصابوني ، شرح الأحوال الشخصية السوري ، مطابع جامعة دمشق ،سنة النشر 1412هـ- 1991 م .

- سعد : عبد العزيز أ- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة الجزائر، الطبعة الثالثة ، سنة النشر 1996 .

ب- الجرائم الواقع على الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الثانية ، سنة النشر 2002 .

- الحاج : د- بالعربي الحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة النشر 1994 .

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1981 ، العدد1 .

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر 1982 ، العددخاص .

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1989 ،1 ،2 ،4 .

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1990، العدد1 ،2 ،3 ، 4 .

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1991، العدد2، 3، 4.

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1992، العدد4

-المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1993 ، العدد 1 ،2 ،4- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1994، العدد 1 ،2 .

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1995 ، العدد 4 .

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1996، العدد2

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1997 ، العدد 1 ،2 .

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1998، العدد1

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر1999، العدد56 .

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر2000، العدد1

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر2001، العدد خاص.

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر2001، العدد1، 2.

- المجلة القضائية : غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، سنة النشر2002، العدد2

- المجلة القضائية : الصادرة عن وزارة العدل الجزائرية بتاريخ 1982، العدد خاص.

- المجلة القضائية : الصادرة عن وزارة العدل الجزائرية بتاريخ1995 ، العدد47 .

- المجلة القضائية : الصادرة عن وزارة العدل الجزائرية بتاريخ1997، العدد 48 .

## 7- الطبقات والتراجم :

- أبو الحسن : محمد بن أبي يعلى ، طبقات الحنابلة ، دار المعرفة ، بيروت ، تحقيق محمد حامد الفقي

- الأصبهاني : أحمد بن عبد اللّه ، حلية الأولياء ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، المطبعة الرابعة ، سنة 1405هـ .

- الشيرازي : ابراهيم ابن علي الشيرازي ، طبقات الفقهاء ، دار القلم ، بيروت ، تحقيق خليل الميس .

- الذهبي : محمد بن أحمد ، سير أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة التاسعة ، سنة 1413هـ ، تحقيق شعيب الأرناؤط – محمد نعيم العرقسوسي .

- الزركلي : خير الدين ، الأعلام ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية عشرة ، سنة 1997م .

السيوطي : عبد الرحمان بن أبي بكر ، طبقات الحفاظ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1403 هـ .

## 8- المعاجم :


- ابن منضور : محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الأولى .

- الرازي : محمد بن أبي بكر ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ، بيروت ، طبعة جديدة سنة 1415هـ - 1995م ، تحقيق محمود خاطر .

- الفيومي : أحمد بن محمد ، المصباح المنير ، دار العلم ، بيروت .

# فهرسة الموضوعات